

Library of



Victoria University

ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN
VON
**E. I. BEKKER, A. PERNICE, R. SCHRÖDER,
H. BRUNNER.**

ZEHNTER BAND
XXIII. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTHEILUNG.

WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1889.

(RECAP)

KL6

.Z45

v 10-11



YTERIVINU
YRABU
LXNOTIONA

WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des X. Bandes

Romanistische Abtheilung.

| | <u>Seite</u> |
|--|--------------|
| <u>Altmann, Friedrich, Ueber einen Ordo iudicarius vom Jahre 1204</u> | 44 |
| <u>Eisele, Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen.</u> | |
| Erster Beitrag | 296 |
| <u>Goldschmidt, L., Inhaber-, Order- und executorische Urkunden</u> | |
| im classischen Alterthum | 352 |
| <u>Heck, Die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit</u> | |
| Salmann | 82 |
| <u>Lenel, O., Das erzwungene Testament</u> | 71 |
| <u>Mommsen, Th., Die Benennungen der Constitutionensammlungen</u> | 345 |
| <u>Ruhstrat, E., Ueber die Römischen Handlungsbevollmächtigten</u> | 323 |
| <u>Seek, Otto, Die Zeitfolge der Gesetze Constantins I. u. II. Abth. 1.177</u> | |
| <u>Zachariä von Lingenthal, E., Aus und zu den Quellen des</u> | |
| römischen Rechts XIII—XXVIII | 252 |

Miscellen:

| | |
|---|-----|
| <u>Fitting, Eine bisher unbekannte Handschrift des Justinia-</u> | |
| nischen Codex | 139 |
| <u>Conrat (Cohn), M., Eine unbekannte Constitution über die dos</u> | 140 |
| <u>Derselbe, Zur Litteratur des römischen Rechts im Zeitalter</u> | |
| Justinians | 141 |
| <u>Derselbe, Kanonensammlungen mit römischem Recht aus dem</u> | |
| früheren Mittelalter | 143 |
| <u>Derselbe, Hinweis auf einen Palimpsest</u> | 144 |
| <u>Schiffner, Fund in der Innsbrucker Universitätsbibliothek .</u> | 144 |
| <u>Landsberg, Ernst, Das Madrider Manuscript von Azos</u> | |
| Quaestiones | 145 |

Litteratur:

| | |
|--|-----|
| Kaufmann, G., Die Geschichte der deutschen Universitäten. | |
| I. Band | 147 |
| Besprochen von Ernst Landsberg. | |
| Jörs, P., Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. | |
| I. Theil | 160 |
| Besprochen von M. Rümelin. | |
| Mai, L., Der Gegensatz und die Controversen der Sabinianer und Proculianer etc. | 165 |
| Besprochen von Th. Kipp. | |
| Bechmann, Aug., Studie im Gebiete der legis actio sacra- menti in rem | 167 |
| Besprochen von Hugo Krüger. | |
| Schott, Herm., Das ius prohibendi und die formula prohi- bitoria. | 173 |
| Besprochen von A. von Tuhr. | |
| Girard, P. F., les actions noxales | 397 |
| Besprochen von Th. Kipp. | |
| Bertolini, C., la ratifica degli atti giuridici nel diritto pri- vato romano. Vol. I. | 404 |
| Besprochen von A. von Tuhr. | |

Berichtigung: S. 52 Z. 1 lies VI statt IV.

I.

Die Zeitfolge der Gesetze Constantins.

Von

Herrn Professor **Otto Seeck**

in Greifswald.

Erste Abtheilung.

Die Erhebung des Christenthums zur Staatsreligion bedeutet nicht nur auf dem religiösen Gebiet eine tiefe und durchgreifende Revolution; die Zeit, welche die Kühnheit hatte, mit den Jahrtausende alten Göttern ihrer Väter zu brechen, und der Kaiser, in dem sie ihr Werkzeug und ihren Ausdruck fand, standen auch jeder anderen Ueberlieferung der Vorzeit mit pietätloser Kritik gegenüber. Am deutlichsten zeigt sich dies in der Richtung, welche die Entwicklung des römischen Rechtes seit Constantin dem Grossen einschlägt. Mehr als siebenhundert Jahre lang hatten die Gesetzgeber am Althergebrachten nur da gerührt, wo es die Bedürfnisse der Zeit gebieterisch erheischten; langsam und zaudernd hatten sie das Recht fortgebildet, und selbst wo sie änderten, doch fast immer den neuen Wein in die alten Schläuche zu fassen gesucht. In den ersten drei Jahrhunderten der Kaiserzeit waren die hauptsächlichsten Rechtsquellen das Rescript und die Gutachten der Gelehrten gewesen, beides Interpretationen des geltenden Rechtes von Fall zu Fall, mit denen nur ausnahmsweise eine schonende Erweiterung desselben verbunden war; die eigentliche Gesetzgebung hatte daneben fast ganz geruht. Seit dem Jahre 312 finden wir sie plötzlich wieder in fieberhafter Thätigkeit. Von Monat zu Monat, ja mitunter selbst

von Woche zu Woche folgen sich die kaiserlichen Erlasse, einer immer einschneidender als der andere. Jeder Herrscher experimentirt mit Recht und Verfassung, als wenn er ein Romulus wäre, der das römische Reich aus dem Nichts neu zu gründen hätte. Man stösst um, baut auf und stösst wieder um, wie blasse Theorie, flüchtiger Einfall oder noch flüchtigere Erfahrung dies jedem eingeben. Die Tendenz der Gesetzgebung ändert sich nicht nur mit jedem Thronwechsel, sondern auch mit jedem Wechsel der leitenden Einflüsse, die innerhalb der einzelnen Regierungen um die Herrschaft ringen.

Bei diesem schnellen Flusse der Rechtsentwicklung ist für das historische und juristische Verständniss der Gesetze ihre Chronologie von grösserer Wichtigkeit als in jeder anderen Epoche. Um so mehr ist es zu bedauern, dass in der Sammlung des Theodosius, die für diese Zeit unsere wichtigste Quelle bildet, die Datirungen in so heilloser Weise zerrüttet sind. Soweit der Codex Justinianus aus dem Gregorianus und Hermogenianus geschöpft ist, lässt sich, wie Mommsen gezeigt hat¹⁾, die chronologische Ordnung der Gesetze ohne sehr tief einschneidende Conjecturalkritik in befriedigender Weise herstellen; im Codex Theodosianus und in den Theilen des Justinianus, welche auf ihm beruhen, wäre dies mit so einfachen Mitteln nicht möglich. Wie gross hier die Verwirrung ist, mag ein Beispiel zeigen, das ich aus vielen anderen aufs Gerathewohl herausgreife. In dem chronologisch geordneten Verzeichniss der Gesetze bei Hänel, Corpus legum S. 28 finden sich unter dem Jahre 315 folgende Aufenthaltsorte Constantins mit folgenden Daten verbunden:

| | |
|---------|--------------------------------|
| 8 März | Thessalonica |
| 21 März | Antiochia |
| 21 März | Cabillunum (Chalon) |
| 13 Mai | Naissus (Nisch in Serbien) |
| 1 Juni | Treviri |
| 2 Juni | Sirmium (Mitrovitza in Ungarn) |

¹⁾ Ueber die Zeitfolge der Verordnungen Diocletians und seiner Mitregenten. Abh. der Berl. Akad. 1860, S. 349 ff. Vgl. auch Seeck, Die Haloanderschen Subscriptionen und die Chronologie des Jahres 238 n. Chr., Rhein. Mus. f. Philol. XLI S. 161 ff.

| | |
|--------------|-------------------------|
| 17 Juni | Constantinopolis |
| 18 Juli | Aquileia |
| 3 August | Treviri |
| 25 August | Roma |
| 13 September | Roma |
| 18 September | Naissus |
| 18 October | Mursella (südlich Raab) |
| 19 October | Mediolanium. |
| 1 November | Treviri |
| 12 November | Sirmium. |

Sich in diesem Chaos zurechtzufinden, scheint auf den ersten Blick eine verzweifelte Aufgabe, und mehrmals ist auch mir die Kraft daran erlahmt. Doch so oft ich sie schon entmuthigt bei Seite geschoben habe, immer sah ich mich aufs neue dazu hingedrängt. Denn wer sich ernsthaft mit der Geschichte des vierten Jahrhunderts beschäftigt, der kann der Nothwendigkeit gar nicht aus dem Wege gehen, sich mit den Daten des Codex Theodosianus wohl oder übel auseinanderzusetzen, und bei näherer und wiederholter Prüfung erwies sich ein Erfolg doch als nicht ganz hoffnungslos. So lege ich denn hier den Versuch vor, den ich einstweilen an einem kleinen Theil der Sammlung gemacht habe. Wieviel Zweifel er im einzelnen übrig lässt, ist keinem klarer bewusst als mir; doch führt er auch nicht überall bis an das Ziel, so wird er doch hoffentlich geeignet sein, den Weg zu weisen, auf welchem hier die Kritik vorschreiten muss. Neu ist derselbe freilich nicht: schon Gothofredus ist ihn gegangen, wenngleich etwas zu scheu und zaghaft; doch seit Hänel die Bahnen seinen grossen Vorgängers in unbegreiflicher Verblendung verlassen hat, hat sie keiner wieder betreten. Den Commentar des Gothofredus kennt jeder, der sich mit dem Codex Theodosianus beschäftigt hat; dass ich ihn fortwährend benutzt habe und ihm vielleicht das Beste verdanke, was meine Arbeit zu bieten vermag, versteht sich für den Kundigen von selbst. Wenn ich ihn fast nie citire, sondern mir seine Resultate stillschweigend zu eigen mache, so geschieht dies nur, weil ich ihn sonst auf jeder Seite citiren müsste.

Die Erklärung der mannigfachen Verderbnisse in den Subscriptionen und Inscriptionen, die Umgrenzung der Fehler-

weite, mit der wir zu rechnen haben, lässt sich nur gewinnen, indem wir über den Codex Theodosianus hinaus auf seine Quellen zurückgreifen. Eine directe Ueberlieferung über dieselben besitzen wir nicht, doch gewähren uns die Proposita und Accepta der Unterschriften darüber manchen wichtigen Aufschluss. Die Orte, welche sie nennen, habe ich im Folgenden nach Diöcesen zusammengestellt. Die Zahl der Accepta und Proposita, welche ich jedem hinzugefügt habe, beruht auf einer Zählung, die sehr flüchtig und unzuverlässig ist, aber auch gar nicht anders sein konnte. Denn bekanntlich haben die Compileren des Codex sehr häufig ein Datum gesetzt, wo in ihren Quellen zweifellos ein Acceptum oder Propositum gestanden haben muss. Wo ich einen derartigen Fall mit Sicherheit constatiren konnte, habe ich die betreffende Stadt natürlich in das Verzeichniss mit aufgenommen; doch um alle Fehler dieser Art zu bessern, hätte ich den ganzen Codex Theodosianus in der Weise untersuchen müssen, wie ich es bis jetzt nur mit den Gesetzen Constantins gethan habe. Trotz dieser Unvollständigkeit wird die Liste für den flüchtigen Ueberblick, der unseren Zwecken genügt, ausreichen.

Dioecesis Britanniarum: Nichts.

„ Galliarum im ganzen 5:

Treviri 4

Belovaci 1.

„ Septem provinciarum im ganzen 1:

Arelate 1.

„ Hispaniarum im ganzen 3:

Castulo 1

Corduba 1

Hispalis 1.

„ Italiae im ganzen 4:

Mediolanium 2

Verona 1

Aquileia 1.

„ Urbis Romae im ganzen 84:

Florentia 1

Spoletium 1

Roma 70

Venafrum 1

Capua 2
 Salernum 1
 Regium 4
 Syracusae 1
 Caralis 3.

Dioecesis Africae im ganzen 49:

Karthago 37
 Hadrumetum 6
 Tacapae 1
 Constantina 3
 Thamugadi 1
 Theveste 1.

„ Pannoniarum im ganzen 5:

Sirmium 4
 Savaria 1.

„ Illyrici im ganzen 3:

Serdica 1
 Corinthus 2.

„ Thraciarum im ganzen 13:

Constantinopolis 12
 Marcianopolis 1.

„ Asiana im ganzen 5:

Chalcedon 1
 Nicomedia 2
 Cyzicus 2.

„ Pontica: Nichts.

„ Orientis im ganzen 28:

Antiochia 5
 Hierapolis 1
 Heliopolis 2
 Damascus 1
 Berytus 14
 Tyrus 4
 Caesarea 1.

„ Aegypti im ganzen 2:

Alexandria 2.

Mit Erstaunen wird man bemerken, dass von denjenigen Städten, in welchen die Herrscher in den letzten Jahrzehnten vor der Vollendung des Codex ihren ständigen Wohnsitz

hatten, Constantinopel und Mailand relativ spärlich, Ravenna gar nicht vertreten ist. Dass wenn nicht alle, so doch die meisten kaiserlichen Erlasse zuerst in der Residenz publicirt wurden, versteht sich von selbst; zum Ueberfluss beweisen es die Rescripte Diocletians und seiner Mitregenten, bei denen der Ort des Propositum immer mit dem derzeitigen Aufenthaltsorte des betreffenden Kaisers identisch ist. Es bleibt also kaum eine andere Erklärung übrig, als dass unter den Exemplaren der kaiserlichen Briefe, welche in den Hofarchiven niedergelegt wurden, nur der Tag der Vollziehung vermerkt war, nicht derjenige, an welchem das Schriftstück in die Hände des Adressaten gelangte oder öffentlich angeschlagen wurde. Daraus wird man schliessen müssen, dass alle Gesetze, welche ein Acceptum oder Propositum tragen, nicht den kaiserlichen Centralarchiven entnommen sind, und wahrscheinlich nicht diese allein. Denn wenn mehrere Fragmente desselben Gesetzes über den Codex zerstreut sind, so findet sich in der Regel bei den meisten das Datum, nur bei einzelnen das Propositum. Die Compileroren haben jenes eben mit Recht als das wesentlichere betrachtet und dieses daher oft weggelassen, auch wo sie es in ihren Quellen fanden.

Dass die Provincialarchive, soweit sie aus den Händen der Barbaren und den Flammen der verwüsteten Städte gerettet waren, im weitesten Umfange für den Codex Theodosianus ausgebeutet sind, zeigt auch die geographische Vertheilung der Proposita. Ihre Zahl mehrt sich nämlich genau in dem Verhältniss, wie die einzelnen Diöcesen bis zum Jahre 429, wo die Arbeit am Codex begann, von den Barbaren verschont geblieben waren. Eine Ausnahme macht nur Aegypten; doch hier mögen die zahlreichen Volksaufstände in Alexandria mit den sie begleitenden Bränden mehr zerstört haben als Gothen und Hunnen in den andern Diöcesen. Britannien war längst vom Reiche abgerissen, Pontus seit dem Jahre 395 von den Hunnen verheert; von hier fehlen daher die Proposita ganz. In Gallien und Spanien waren nur vereinzelte Reste der Provinzen in den Händen der Römer geblieben: sie zeigen beide zusammen nur 9 Proposita und zwar stammen davon die spanischen nicht etwa aus dem grossen Tarraco, sondern alle aus dem äussersten Süden der

Diöcese, wohin die Germanen zuletzt gelangt waren. In den Donauprovinzen hatten die Gothen, Hunnen, Alanen, Sarmaten seit 376 gehaust, 395 hatte Alarich Griechenland durchzogen, wenig später Tribigild die Städte Asiens verwüstet: aus diesem ganzen Gebiet sind daher nur Constantinopel und seine nächsten Nachbarstädte etwas reichlicher vertreten; sehen wir von diesen ab, so bleiben uns nur 9 *Proposita* übrig. Der Orient war zwar auch von Isaurern, Hunnen und Arabern oft genug heimgesucht worden, doch war sein Schicksal noch immer ein verhältnissmässig günstiges gewesen: er zeigt uns daher auch die ansehnliche Zahl von 28 *Proposita*, die meisten davon (17) aus dem kleinen Phönicien, das durch Meer und Gebirge am besten gedeckt war. Wenn hier nicht die Provinzialhauptstadt Tyrus, sondern Berytus mit 14 die erste Stelle einnimmt, so hat dies wohl seinen Grund in der berühmten Rechtsschule, deren Sammlungen der Kaiser Theodosius für seinen Zweck verwendet haben wird. In Italien steht Rom natürlich an erster Stelle: es war nicht niedergebrannt, sondern nur geplündert worden, und mit den Papieren der Archive hatten sich die Krieger des Alarich nicht beladen. Im übrigen wächst die Zahl der italischen *Proposita* je weiter man von Norden nach Süden fortschreitet, d. h. je weiter man sich vom Ausgangspunkte der Barbareneinfälle entfernt. Im Verhältniss zu seiner Bedeutung ist Afrika am allerreichlichsten vertreten: es hatte eben nur von den flüchtigen Plünderungszügen der Mauren zu leiden gehabt, welche in die Städte nur selten einzudringen vermochten. Als die Vorarbeiten zum Codex Theodosianus begannen, war Geiseric zwar eben in die Diöcese eingerückt, doch von den festen Plätzen waren nur sehr wenige in seine Hand gefallen.

Wendet man sich von den *Proposita* den Adressaten zu, so wird man ihre geographische Vertheilung ganz entsprechend finden. In dem Titel *de officio proconsulis* (I 12) sind 6 Fragmente an den Proconsul von Afrika, nur 1 an den von Asien, keines an den von Achaia gerichtet; *de officio vicarii* (I 15) beziehen sich 8 Gesetze auf Afrika, nur je eines auf Gallien, Spanien, Italien, Asien und Pontus; der Titel über den Comes Orientis enthält nur ein Gesetz, der über den Praefecten von Aegypten nur 2. An die Stadtpraefecten von Rom sind

viele Hunderte von Gesetzen gerichtet, an die der zweiten Hauptstadt nur eine verschwindende Zahl. Kurz wo die Fragmente des Codex in Propositum, Adressat oder Inhalt locale Beziehungen verrathen, da weisen diese in den meisten Fällen auf die Stadt Rom, in den nächstmeisten auf Karthago oder doch auf Afrika hin; alle übrigen Provinzen und Städte, Constantinopel selbst nicht ausgenommen, treten daneben ganz in den Hintergrund. Bei einer Sammlung, die im Orient entstanden ist, lässt sich hierfür keine andere Erklärung finden, als dass Kaiser Theodosius sich sein Material aus den Provinzen des ganzen Reiches zusammenholte und natürlich aus denjenigen die reichste Ausbeute davontrug, welche am wenigsten durch die Barbaren gelitten hatten.

Neuerdings hat Bresslau ¹⁾ die Hypothese aufgestellt, dass man alle Erlasse, welche von den kaiserlichen Kanzleien ausgingen, vorher in Copialbücher eingetragen habe und diese die Hauptquelle unserer Gesetzsammlungen gebildet hätten. Um das zu beweisen, stützt er sich namentlich auf den mehrfach wiederkehrenden Schlussvermerk, dass die betreffenden Gesetze auch an andere Adressen als diejenigen, welche die Ueberschrift nennt, *eodem exemplo* versandt worden seien. In päpstlichen Briefen sind derartige Notizen niemals den ausgefertigten Originalen hinzugefügt: „wo in diesen der Adressat von der Absendung gleichlautender Schreiben an andere Empfänger verständigt werden sollte, geschah das immer durch einen eigenen Satz im Context der Briefe.“ Aehnliches ist auch in der kaiserlichen Kanzlei üblich gewesen ²⁾; der Schluss ist also nicht abzuweisen, dass Gesetze, welche solche Vermerke tragen, nicht den Provincialarchiven entnommen sein können. Ihnen kann man auch diejenigen hinzufügen, deren Ueberschrift eine Mehrzahl von Adressaten nennt, so weit diese

¹⁾ Im sechsten Bande dieser Zeitschrift: Die Commentarii der römischen Kaiser und die Registerbücher der Päpste. — ²⁾ VI, 35, 5 *de qua re ad praefectos praetorio et ad praefectum urbis scripta direximus*. CIL. V, 2781 [*de expositis*] *itaque omnibus tam ad praefectos nostros quam etiam [ad] praesides et ratio[nales et] magistrum privatae scripta direximus*. Euseb. h. eccl. X, 6: ἔδωκα γράμματα πρὸς Οὐρσον τὸν διασημώτατον καθολικὸν τῆς Ἀφρικῆς καὶ ἐδήλωσα αὐτῷ etc. Aehnliche Beispiele lassen sich viele sammeln.

nicht eine einheitliche Körperschaft bilden oder doch, wie die *provinciales*, als solche gedacht werden können: z. B. VI 23, 1 *Urso praefecto urbi et Aureliano praefecto praetorio Orientis et Strategio praefecto praetorio Illyrici*, XI 6, 1 *ad proconsules vicarios omnesque rectores*, VIII 1, 12 *omnibus rectoribus provinciarum*. Denn diejenigen Exemplare, welche dem einzelnen Beamten zugestellt und in seinem Archiv niedergelegt wurden, konnten in der Ueberschrift natürlich auch nur seinen Namen nennen; solche zusammenfassende Adressen sind nur an der Stelle denkbar, von welcher die Versendung der Erlasse an ihre verschiedenen Bestimmungsorte ausging. Als Bestätigung kommt hinzu, dass von denjenigen Fragmenten, bei welchen sich die angegebenen Kennzeichen finden, kein einziges ein *Acceptum* oder *Propositum* trägt. Dass diese auf das Hofarchiv zurückgehen, muss also zugegeben werden, doch kann ich nicht absehen, warum sie gerade aus Copialbüchern und nicht aus den zurückbehaltenen Concepten geschöpft sein sollen. Bresslau schreibt darüber: „Auf Concepten kaiserlicher Erlasse konnte nicht gestanden haben, dass gleichlautend an andere Beamte als den in der Adresse genannten geschrieben worden sei (*scriptum est*, *ἐγράφη*), sondern da doch ganz bestimmt für solche Erlasse nur je ein Concept angefertigt wurde, konnte auf demselben nur vermerkt werden, dass gleichlautend geschrieben werden sollte. Da nun die Vermerke niemals *scribendum est* oder *scribatur* (oder entsprechend griechisch) lauten, so ist der Gedanke, dass die Redactoren unserer Sammlungen aus aufbewahrten Concepten geschöpft hätten, völlig ausgeschlossen.“ Dass dieser Schluss nicht bündig ist, wird folgendes Beispiel zeigen. Am Ende einer römischen Schenkungsurkunde aus dem Jahre 252 heisst es: *Statia Irene ius liberorum habens donationi monumenti supra scripti, sicut supra scriptum est, consensi subscripsi et atsignavi*. Dazu bemerkt Bruns¹⁾: „Das *atsignavi* kann nur von einem Zusiegeln der Originalurkunde, die gewiss ein Triptychon war, verstanden werden. Dass es vor dem wirklichen Siegeln geschrieben ist, steht hier so wenig

¹⁾ Die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden. Abb. d. Berl. Akad. 1876, S. 109.

wie bei den Testamenten entgegen.“ Hier wird also eine Handlung im Innern einer Urkunde als geschehen gesetzt, die erst nach dem Verschluss derselben auf ihrer Aussenseite vollzogen werden sollte. Das *adsignavi* statt *adsignatura sum* enthält genau die gleiche Prolepsis, welche Bresslau in den Kaisergesetzen für unmöglich erklärt.

Einen zweiten Beweis für seine Annahme findet er in der Jahresbezeichnung *consulibus suprascriptis* oder *iisdem consulibus*, welche vereinzelt in unseren Rechtsbüchern vorkommt. Die Sammler derselben befolgten jedenfalls das Princip, auch wo mehrere Gesetze desselben Jahres einander folgten, doch bei jedem die Consulnamen zu wiederholen. Die Abweichungen erklärt Bresslau mit Recht daraus, dass in einzelnen Fällen aus Versehen die verkürzte Form der Vorlage beibehalten wurde. Hieraus wird dann weiter geschlossen, „dass nicht Einzelabschriften diese Vorlage gebildet haben, da ja solche unmöglich einen Verweis auf andere „oben geschriebene“ Namen enthalten haben können, sondern dass wir Bücher als die Quelle unserer Sammlungen zu betrachten haben.“

Ob das richtig ist, wird die Betrachtung der einzelnen von Bresslau angeführten Fälle lehren. Cod. Theod. VI, 29, 3 und 4 folgen zwei Fragmente desselben Gesetzes aufeinander und bei dem zweiten findet sich die Unterschrift: *proposita eodem die iisdem consulibus*; das erste trägt die volle Tages- und Jahresbezeichnung. Hier ist es, wie mir scheint, ganz klar, dass die Vorlage, auf welche jene verkürzte Datierung zurückgeht, gar keine andere sein kann, als die Excerpte der Compileren. An eine Sammlung in Buchform könnte man doch nur denken, wenn jenes *eodem* und *iisdem* auf ein Gesetz zurückwiese, mit welchem das betreffende Fragment in keinem Zusammenhang stünde. — Bei den Nov. Theod. X 2 ist die Ueberlieferung zweifelhaft; zwei Handschriften nennen den Consulnamen, eine setzt dafür: *cons. suprascribt.* Es ist also sehr wohl möglich, dass dies nicht aus dem Original geschöpft ist, sondern nur ein späterer Abschreiber es sich bequem gemacht hat. Somit bleibt nur eine Stelle des Codex Gregorianus (III 2,2) übrig, deren Beweiskraft wir nicht bestreiten; doch diese gehört der Zeit des Philippus an, kommt also für uns nicht in Betracht.

Denn dass sämtliche kaiserlichen Erlasse in sogenannten *Commentarii*, welche höchst wahrscheinlich Buchform hatten, zusammengestellt wurden, ist bis auf die Zeit der Antonine herab zweifellos nachgewiesen, und gewiss wird man einen so praktischen und wohlbewährten Kanzleigebrauch nicht aufgegeben haben, so lange die Verhältnisse seine Anwendung gestatteten. Doch Tausende dicker Urkundenbände im Archiv anzusammeln, war nur thunlich, als dieses auf dem palatinischen Berge eine feste Stätte besass. Seit Diocletian an die Stelle der Hofburg (*palatium*) das ewig wandernde Hoflager (*comitatus*) gesetzt hatte, hörte die Möglichkeit einer geordneten Archivverwaltung auf. Eine Sammlung von Gesetzen und Rescripten mussten die Kaiser freilich mit sich führen, schon weil die Ausübung der höchsten Appellationsgerichtsbarkeit ohne ein solches Hilfsmittel nicht denkbar ist; doch wird man sich gewiss auf das Nothwendigste beschränkt haben. Die Eintragung aller neu erscheinenden Erlasse in Registerbände wäre also höchst unpraktisch gewesen, weil man die ganze Masse auf die Dauer doch nicht mitschleppen konnte und eine Auswahl sich aus vereinzelter Papiere viel leichter anstellen liess. Bis auf Arcadius und Honorius herab hat kein Kaiser eine längere Reihe von Jahren in derselben Stadt gehaust; wahrscheinlich ist bei jedem Umzuge ein Theil der angesammelten Schriftstücke zurückgelassen oder verzettelt worden, so dass die kaiserliche Urkundensammlung im Laufe der Zeit eher zusammenschmolz als sich vermehrte. Nur so lässt es sich erklären, dass für den Codex Theodosianus die Provincialarchive bis in den fernsten Westen hin ausgebeutet werden mussten; hätte man in beiden Residenzen oder auch nur in einer davon eine leidlich vollständige Sammlung von Copialbüchern besessen, so wäre ein so weitläufiges Verfahren ganz überflüssig gewesen.

Als der eine Kaiser in Constantinopel, der andere erst in Mailand, dann in Ravenna seinen ständigen Wohnsitz aufgeschlagen hatte, wurde wenigstens die Anlage eines Archivs möglich: doch dass man auch sogleich die längst vergessene Sitte der *Commentarii* wieder erweckt habe, ist durch nichts beglaubigt und an sich sehr wenig wahrscheinlich. Man beachte nur, wie äusserst spärlich im Codex Justinianus die

Stücke sind, welche nicht den bekannten Gesetzsammlungen entlehnt sein können. Wenn seine Compileroren in den Archiven von Constantinopel Registerbände gefunden hätten, so müssten die unmittelbaren Vorgänger Justinians doch sehr viel reicher vertreten sein, als diejenigen Kaiser, deren Gesetze ihm nur durch den Gregorianus, Hermogenianus und Theodosianus überliefert waren.

Doch wenn die Sammlungen der Hofarchive auch zu allen Zeiten sehr ungleichmässig geführt worden sind, so macht sich doch der Einfluss der festen Residenz schon im Codex Theodosianus geltend. Zweierlei ist in dieser Beziehung zu beachten. Erstens dass die Proposita immer seltener werden, je weiter wir in der Zeit herabgehen; zweitens dass sich in gleichem Verhältniss die Zahl der Gesetze mehrt, welche nach den oben dargelegten Kennzeichen nur dem Hofarchiv entnommen sein können. Es sind dies die folgenden:

Aus dem Jahre 315 X, 18, 1.

| | | | |
|---|---|---|--|
| „ | „ | „ | 326 s. die Tabelle unter dem 24. Nov. 326. |
| „ | „ | „ | 352 XV, 14, 5. |
| „ | „ | „ | 353 XVI, 2, 10. |
| „ | „ | „ | 370 XII, 1, 71. |
| „ | „ | „ | 371 VIII, 7, 11. |
| „ | „ | „ | 382 VIII, 1, 12; XI, 6, 1. |
| „ | „ | „ | 386 I, 15, 12; XII, 1, 113. |
| „ | „ | „ | 391 XVI, 10, 11. |
| „ | „ | „ | 393 I, 21, 1 + VII, 4, 18 + 9, 3. |
| „ | „ | „ | 395 VIII, 8, 6. |
| „ | „ | „ | 397 VI, 2, 12 + 13 + 4, 31 + XII, 6, 24 + XIII, 5, 27 + 9, 5 + XIV, 15, 3 |
| „ | „ | „ | 398 I, 12, 6. |
| „ | „ | „ | 399 XVI, 10, 15. |
| „ | „ | „ | 408 XVI, 5, 42. |
| „ | „ | „ | 414 XI, 28, 9. |
| „ | „ | „ | 415 I, 8, 1; VI, 23, 1. |
| „ | „ | „ | 416 IV, 4, 5; VI, 26, 17; 30, 21. |
| „ | „ | „ | 421 C. J. XII, 46, 4. |
| „ | „ | „ | 427 C. J. I, 50, 2. |
| „ | „ | „ | 435 VI, 28, 8. |
| „ | „ | „ | 436 VIII, 4, 30 + XII, 1, 187. |

Also aus den 59 Jahren vom Regierungsantritt Theodosius des Grossen bis auf den Abschluss des Codex sind 21 derartige Gesetze erhalten, aus den 67 vorhergehenden nur 6. Danach sind Provincial- und Hofarchive zwar in allen Theilen der Sammlung benutzt worden, doch von den älteren Gesetzen müssen jene, von den jüngeren diese die Hauptmasse hergegeben haben.

Schon Gothofredus hat die Beobachtung gemacht, dass der Ort des Propositum immer im Amtsbezirke desjenigen Magistrates liegen muss, welchen die Adresse nennt. Findet sich z. B. X, 1, 2 die Ueberschrift: *ad Severum rationalem Africae* mit einem *proposita Romae in foro Traiani* verbunden, so erklärt er eins von beiden für falsch. An sich ist dies keineswegs nothwendig; prüft man den Inhalt des angeführten Erlasses, so wird man sich überzeugen, dass er gewiss nicht nur in Afrika, sondern im ganzen Reichstheil Constantins, und folglich auch in Rom, veröffentlicht worden ist. Wenn Gothofreds Annahme sich trotzdem durch vielfache Proben als richtig erweist, so beruht dies ausschliesslich auf der archivalischen Ueberlieferung. Mag ein Gesetz auch an alle Beamte des Reiches versandt sein, dasjenige Exemplar, welches mit *proposita Romae* bezeichnet war, konnte nur aus den römischen Archiven herkommen und musste daher auch eine römische Adresse zeigen. Nennt umgekehrt die Ueberschrift einen afrikanischen Beamten, so muss das Exemplar des Gesetzes, welches die Compileren des Codex benutzten, entweder dem Hofarchiv oder einem der afrikanischen entnommen sein. Im ersteren Falle wird das Propositum ganz fehlen, im zweiten kann es zwar auch weggelassen sein, doch falls es vollständig erhalten ist, so wird es Karthago oder Hadrumetum oder irgend eine andere Stadt Afrikas nennen.

Für das Hofarchiv haben wir die Führung von Copialbüchern leugnen müssen; doch der Grund, welcher zum Aufgeben dieser alten und trefflichen Kanzleigewohnheit führte, machte sich nicht in den Provinzen geltend. Der Kaiser zog immerfort im Reiche umher; der Proconsul von Afrika bereiste zwar auch von Zeit zu Zeit seinen Verwaltungsbezirk, doch seine ständige Residenz blieb zu allen Zeiten Karthago. Wo also in den Provincialarchiven von Alters her die Sitte be-

stand, alle ein- und ausgehenden Schriften in Registerbände einzutragen, da kann sie sich sehr wohl auch im vierten und fünften Jahrhundert erhalten haben. Zwar ist die Unordnung, welche damals in allen Zweigen der Verwaltung eingerissen war, eine so grosse, dass die stetige und gleichmässige Durchführung irgend eines Kanzleibrauches kaum zu erwarten ist; doch weisen allerdings manche Anzeichen darauf hin, dass wenigstens aus einzelnen Jahren und Provinzen den Compilatoren des Codex Registerbände vorgelegen haben. Namentlich möchte ich auf die folgende Erscheinung hinweisen. So lange die Consuln des laufenden Jahres noch nicht verkündigt waren, datirte man bekanntlich *post consulatum* der vorhergehenden. Dies kann am Hofe selbst nur in äusserst seltenen Fällen vorgekommen sein; denn da die Kaiser nach gegenseitiger Uebereinkunft die Consuln ernannten, so müssen sie die Namen derselben fast immer vor dem Beginn ihres Eponymenjahres gekannt haben. Daraus folgt, dass die Data der Gesetze, soweit sie in ihrer originalen Form erhalten sind, nur in denjenigen Jahren mit Postconsulaten bezeichnet sein können, welche entweder, wie 351 und 375, gar keine legitimen Consuln besassen oder in denen sich die Designation derselben über den ersten Januar hinaus verzögert hatte. Anders bei den *Proposita* und *Accepta*. In den entfernteren Provinzen, namentlich in Afrika, das zur Zeit der Winterstürme von den übrigen Theilen des Reiches so gut wie abgeschnitten war, werden die Consuln gewiss sehr oft erst einige Zeit nach dem Wiederbeginn der Schifffahrt bekannt geworden sein. Gelangte also eine Verfügung, die im Vorjahre erlassen war, im Januar, Februar oder März in die Hände des Adressaten, so konnte dieser das Jahr des Empfanges häufig nur durch ein Postconsulat ausdrücken. Natürlich geschah dies nur so lange, bis die Namen der Consuln verkündet waren; mithin kann, abgesehen von den oben bezeichneten Ausnahmen, jene Form der Datirung auch in den *Proposita* nur in den ersten Monaten des Jahres angewendet worden sein. Mit diesen selbstverständlichen Regeln stehen die Unterschriften des Codex im Widerspruch; denn erstens zeigen sie Postconsulate unterschiedslos bei *Data* und *Proposita*, zweitens vertheilen sich dieselben über fast alle Monate bis in

den December hinein. Man vergleiche das folgende Verzeichniss:

| | |
|-----------|--|
| Januar | Data 387 I, 29, 6; 413 XII, 1, 176; Proposita 366 IV, 12, 6; XI, 1, 13; 392 X 17, 3; 413 XV 7, 13. |
| Februar | Data 401 XII, 6, 28; 413 II, 19, 6; 429 XI, 1, 34 + 30, 68; XI, 1, 35 + XII 6, 32; Proposita 380 X, 20, 9. |
| März | Data 380 X, 20, 10; 437 VI, 23, 4. Proposita 366 VIII, 5, 22; 382 XII, 12, 8; 386 I, 9, 2. |
| April | Data 383 XII, 6, 17; 429 XII, 1, 186; Proposita 382 XI, 16, 13; XII, 1, 88. |
| Juni | Data 413 VI, 30, 20 + VII, 8, 10 + 18, 16. Proposita 340 XI, 30, 20. |
| Juli | Data 382 XII, 1, 89; 401 XVI, 2, 36. |
| August | Data 367 XII, 7, 9; 413 XV 14, 13. |
| September | Data 340 VI, 4, 5 + 6. |
| October | Data 358 VIII, 5, 10; 367 XI, 1, 16; 384 VI, 30, 6. |
| November | Data 410 XI, 28, 5; 411 XV, 1, 48. |
| December | Data 368 VIII, 5, 29. |

Die Data überall in Proposita zu ändern ist, abgesehen von ihrer grossen Zahl, schon desshalb unmöglich, weil sehr viele die richtigen Aufenthaltsorte der betreffenden Kaiser nennen. Diese merkwürdige Anomalie wird sich also kaum auf andere Weise erklären lassen als aus der Einrichtung der Copialbücher. In diesen war oft nur die erste Eintragung jedes Jahres mit den Namen der Consuln bezeichnet; bei allen folgenden stand einfach *conss. s. s. d. h. consulibus supra scriptis*. Missbräuchlich ist diese Formel gewiss auch angewandt worden, wo das erste Datum kein Consulat, sondern ein Postconsulat zeigte, und dieses pflanzte sich so durch die Datirungen des ganzen Jahres bis in die letzten Monate hinein fort. Denn wenn die Compileren ein solches Copialbuch auszogen, so haben sie natürlich bei den einzelnen Excerpten die Jahresbenennung aus der ersten Urkunde jeder Jahresreihe ergänzen müssen.

Auch diejenigen Archive, in welchen die Führung von Registern nicht üblich war, mögen doch ihre Bestände in die Form von Copialbüchern gebracht haben, als sie dieselben dem byzantinischen Hofe auf Befehl des Theodosius übersandten. Denn die Originale der Urkunden werden die meisten gewiss zurückbehalten haben und die Copien, welche für den Zweck der Rechtssammlung gefertigt wurden, liessen sich am bequemsten und handlichsten in Bände oder Rollen zusammenschreiben. Dass in der Formulirung der Ueber- und Unterschriften, in der Vertheilung des Stoffes, kurz in der ganzen Einrichtung ihrer Register keine Kanzlei genau ebenso verfuhr wie die andere, ja dass, wo diese fortlaufend geführt waren, selbst innerhalb der gleichen Provinz zu verschiedenen Zeiten auch verschiedene Behandlung der Formalien beliebt wurde, ist an sich wahrscheinlich und lässt sich in den Unterschriften noch jetzt zum Theil erkennen.

Für jede Provinz traten die Gesetze natürlich erst an dem Tage in Kraft, an welchem sie in ihr publicirt wurden; mithin waren die *Accepta* und *Proposita* für die provincielle Rechtsprechung von viel grösserer Bedeutung, als die *Data*, oder richtiger sie kamen einzig und allein in Betracht. Wo man Register fertigte, wird man sie daher gewiss niemals weggelassen haben, während man mit den *Data* nach Belieben verfuhr. In Berytus hat man diese consequent vernachlässigt; kein einziges Gesetz, welches den Compilatoren von dorthier zugegangen ist, trägt ein echtes Datum¹⁾. In Cagliari scheint zur Zeit Constantins das Gleiche üblich gewesen zu sein²⁾,

¹⁾ Ohne Datum findet sich *pp. Beryti* in 13 Subscriptionen: I, 32, 7; IV, 12, 6; VI, 27, 2; VII, 22, 7; VIII, 5, 41; X, 24, 3; XI, 15, 2; XII, 1, 54; 63; XIII, 1, 9; 9, 1; XV, 12, 1; XVI, 5, 1; *dat. Beryti* steht XI, 1, 19; 2, 4; doch in einem dritten Fragment desselben Gesetzes ist richtig *pp.* geschrieben (XI, 15, 2). *Dat. id. Mai. Tyro metropoli, pp. Beryto* lesen wir VII, 13, 11, aber da zur Zeit jenes Gesetzes kein Kaiser in Phönicien gewesen sein kann, so ist auch hier offenbar nur das *Propositum* der Provinzialhauptstadt neben dem der Rechtsschule angeführt. — ²⁾ Zweimal findet sich aus dieser Zeit *pp. Carali* (I, 16, 2; II, 8, 1), einmal *acc. Carali* (VIII, 5, 1) ohne Datum. Zwei auf Sardinien bezügliche Gesetze (II, 25, 1; IX, 40, 3) tragen zwar Daten, doch da dieselben keinen Ort nennen, können es auch entstellte *Proposita* sein. Die einzige sichere Ausnahme ist XI, 7, 7.

während die späteren Gesetze alle mit Daten versehen sind ¹⁾. Umgekehrt in Reggio: hier findet sich bis zum Jahre 365 entweder die vollständige Unterschrift mit Datum und Acceptum ²⁾ oder das erstere ist allein erhalten ³⁾; später steht nur das letztere ⁴⁾. In Rom und Karthago scheint man sich zu keiner Zeit an eine feste Regel gebunden zu haben. Dieselbe Mannichfaltigkeit, welche wir in dieser Beziehung haben nachweisen können, wird in den Ueberschriften, in der Datirung nach Indictionen oder Consulaten, endlich in der Formulirung der letzteren geherrscht haben, ein Gegenstand, der uns im Folgenden noch viel beschäftigen wird.

So sahen die Quellen des Codex Theodosianus aus: ein buntes Gemisch von Büchern, Rollen und einzelnen Blättern, aus allen Theilen des Reiches zusammengeschleppt, keine der andern an Art und Gestalt vollkommen gleich. Und was sie vereinigen und ordnen sollte, war nicht Wille und Verstand Eines Mannes, sondern die vielköpfige Weisheit einer Beamtencommission, der die allgemeinen Regeln ihres Verfahrens zwar durch eine einheitliche Instruction vorgeschrieben waren, doch ohne dass dadurch die Willkür jedes Mitgliedes verhindert wurde, sich in tausend kleinen Einzelheiten zu äussern. Sehen wir nun, wie diese Umstände ihres Entstehens auf die Sammlung einwirken, wie sie namentlich ihre Datirungen beeinflussen mussten.

Bei der Ausbeutung so zahlreicher Archive sind natürlich viele Gesetze in mehr als einem Exemplar in die Hände der Compileren gelangt. Hieraus erklärt sich der mehrfach wiederkehrende Fehler, dass derselbe Erlass zwei- und dreimal im Codex wiederholt wird. Noch häufiger ist Folgendes vorgekommen. Ein Gesetz war an mehrere Beamte versandt

¹⁾ VIII, 5, 16; IX, 1, 12; 27, 3; X, 19, 6; 9. Von diesen fünf Gesetzen besitzt zwar keins ein Propositum, doch da sie alle auf Sardinien bezüglich sind, werden sie höchst wahrscheinlich dem dortigen Archiv entnommen sein. — ²⁾ VII, 22, 1; IX, 19, 1; XI, 29, 1. — ³⁾ I, 16, 1; VIII, 5, 25; XI, 30, 1; XII, 1, 3; XVI, 2, 2. Dass das Propositum ursprünglich vorhanden war und nur von den Compileren weggelassen ist, steht bei XII 1, 3 durch ein zweites Fragment desselben Gesetzes (IX, 19, 1) vollkommen fest. Bei den anderen Subscriptionen halte ich es hier, wie bei allen aus den Provincialarchiven stammenden Gesetzen, für sehr wahrscheinlich. — ⁴⁾ 384 III, 1, 5; 396 XV, 1, 35.

worden und lag daher in mehreren Provincialarchiven, überall mit anderer Adresse und anderem Acceptum, mitunter wohl auch mit anderem Datum versehen. Die Compileren excerpirt es mehrmals und bereiteten sich, die einzelnen Stücke über die Titel des Rechtsbuches zu vertheilen. Dabei beseitigten sie zwar die offenbaren Dubletten, doch die Fragmente, welche sie aufnahmen, waren zum Theil verschiedenen Exemplaren entlehnt. Das sicherste Beispiel hierfür bietet das Gesetz, welches sich vollständig in den Const. Sirm. 6, in Stücken im C. Th. XVI, 2, 47; 5, 62; 64 findet. Das Sirmondsche Exemplar trägt die Adresse: *Amatio viro illustri praefecto praetorio Galliarum*; von den Fragmenten des Codex sind zwei: *Basso comiti rei privatae*, eins: *ad Faustum praefectum urbi* überschrieben. Die Unterschrift ist dort: *dat. VII id. Jul. Aquileiae, d. n. Theodosio A. XI et Valentiniano cons.* (425), hier XVI, 5, 62: *dat. XVI kal. Aug. Aquileiae*, XVI, 5, 64: *dat. VIII id. Aug. Aquileia*, XVI, 2, 47: *dat. VIII id. Oct. Aquileia*. Das Consulat stimmt bei allen überein. In den beiden letzten Fragmenten muss das Datum identisch sein, da sie denselben Adressaten nennen. Wahrscheinlich war in dem Exemplar, welches die Compileren benutzten, der Name des Monats ausgefallen und ist von ihnen nach Gutdünken ergänzt worden; das Richtige wird *VIII id. Iul.* sein. Danach war die Ausfertigung des Gesetzes, welche an Bassus gerichtet wurde, am 8. Juli vollzogen, die an Amatus am 9., die an Faustus am 17. In die Constitutiones Sirmondi, welche zum grössten Theil in Gallien gesammelt sind, ist das an den gallischen Praefecten versandte Exemplar aufgenommen; den Compileren hat aus dem Ravennatischen Hofarchiv die früheste, dem Comes rei privatae übergebene Ausfertigung, aus dem römischen Stadtarchiv die an den Praefectus Urbi adressirte vorgelegen, und von beiden haben sie sich einzelne Stücke angeeignet. Etwas complicirter liegt die Sache in einem andern Falle. Das berühmte Gesetz IV, 7, 1, durch welches die *manumissio in ecclesia* eingeführt wurde, trägt das Datum des 18. April 321 und die Adresse: *Osio episcopo*. Da dies der Bischof von Cordova war, so dürfte die Urkunde dem dortigen Archiv entlehnt sein, welches wir auch sonst (IX 1, 1) im Codex benutzt finden. Aus demselben Jahre ist

ein zweites Gesetz (II, 8, 1 + C. J. III, 12, 2) an den Vicar Helpidius erhalten, in dem jedes Rechtsgeschäft am Sonntage verboten, aber die Manumission ausdrücklich von dieser Bestimmung ausgenommen wird. Dass dies mit ihrer Vollziehung in der Kirche vor oder nach dem Gottesdienst zusammenhängt, liegt auf der Hand. Die Unterschrift lautet: *pp. V non. Jul. Caralis*; das Original lag also im sardinischen Provincialarchiv. Da Constantin, als er das Gesetz an Hosius gab, sich in Sirmium befand und die Beförderung der kaiserlichen Erlasse nicht mit allzugrosser Eile zu erfolgen pflegte¹⁾, so stimmt das Propositum des 3. Juli in Sardinien sehr gut zu dem Datum des 18. April. Dass der Kaiser in dem Briefe, welchen er an den Geistlichen richtete, von seinen gleichzeitigen Bestimmungen über die Sonntagsfeier geschwiegen habe, ist möglich, aber nicht eben wahrscheinlich; dass dem Vicar über die neuingeführte Art der Freilassung nichts mitgetheilt worden sei, obgleich der ganze Inhalt des ihm übersandten Gesetzes durch sie bestimmt wurde, ist einfach undenkbar. Dazu kommt, dass Sozomenos (1, 9) drei Gesetze Constantins über die *manumissio in ecclesia* kennt, während uns nur zwei (IV, 7, 1; C. J. I, 13, 1) erhalten sind; das dritte ist also zweifellos das an Helpidius gewesen. Die Fragmente an Helpidius und Hosius gehören also zu Erlassen, die wenn auch vielleicht nicht in der Form, so doch im Inhalt identisch waren. Gothofredus hat nur solche Stücke zu vereinigen gewagt, bei denen entweder Unterschrift und Ueberschrift oder doch wenigstens eins von beiden übereinstimmten: wir sehen jetzt, dass dies Erforderniss keineswegs ein nothwendiges ist. Zwar wenn wir das Datum der beiden fraglichen Gesetze in der Tabelle auf denselben Tag verlegt haben und entsprechend in andern ähnlichen Fällen verfahren sind, so mag dies nicht ganz genau richtig sein; die Ausfertigung an Helpidius kann auch einige Tage vor oder nach dem

¹⁾ So ist ein Gesetz am 30. Januar 320 in Serdica gegeben und erst am 13. April in Rom ausgestellt; ein anderes, das am 17. Juni 315 in Aquileia vollzogen wurde, ist am 5. September im Senat verlesen worden; die Erlasse vom 3. und 8. November 313 brauchten mehr als fünf Monate, bis sie von Trier nach Afrika gelangten. Aehnliche Beispiele lassen sich häufen.

18. April vollzogen sein. Doch dieser Zeitunterschied ist jedenfalls so unbedeutend, dass er historisch und juristisch unberücksichtigt bleiben kann. Die Gesetze des vierten Jahrhunderts bilden unter allen Umständen eine ganz beängstigende Masse; aber wenn wir sie in der angegebenen Weise zusammenlegen, so wird es doch vielleicht thunlich sein, die legislative Thätigkeit der Kaiser wenigstens bis in die Grenzen des Möglichen zurückzuführen.

Im Codex Justinianus findet sich mehrmals die Unterschrift: *sine die et consule*; im Theodosianus begegnet sie uns niemals, sondern jedes Fragment, soweit es nicht in den Handschriften verstümmelt ist, trägt seine volle Datirung. Dies ist nicht etwa Zufall, sondern es beruht auf dem innern Unterschiede der beiden Sammlungen. Justinian nahm nichts in die seine auf, als was auch für die Folgezeit seine Rechtskraft bewahren sollte; Theodosius liess den wesentlichen Inhalt aller Kaisergesetze seit Constantin zusammenstellen ohne Rücksicht darauf, ob sie aufgehoben oder noch in Geltung waren; wo die Bestimmungen der verschiedenen Herrscher einander widersprachen, da galt für die Behörden der Grundsatz: *lex posterior derogat priori*. In der Justinianischen Sammlung, wo alles die gleiche Giltigkeit besass, kam auf das Früher oder Später also gar nichts an, in der Theodosianischen alles. Ein zeitloser Erlass war für sie nicht zu brauchen, weil sich das Verhältniss seiner Rechtskraft zu der der übrigen Gesetze nicht bestimmen liess.

Wenn nun aber in den Abschriften, welche die Provincialarchive von dem Bestande ihrer Sammlungen hatten ein-senden müssen, bei einzelnen Gesetzen das Consulat oder auch die ganze Unterschrift vergessen war? Dass Aehnliches oftmals vorgekommen ist, unterliegt keinem Zweifel; gerade aus Afrika, dessen Archive für den Codex Theodosianus so überaus reichlich beige-steuert haben, ist es uns auf das bestimmteste bezeugt. Auf dem Religionsgespräch von Karthago (411), bei dem die Parteien sich um die archivalische Beglaubigung ihrer Beweisschriften sehr viel Mühe gegeben hatten¹⁾, wurde ein Erlass Constantins ohne Unterschrift vor-

¹⁾ Zeitschr. f. Kirchengesch. X, S. 514. 526.

gelegt ¹⁾ und ein anderer trug zwar das Tagdatum, aber ohne Consulat. Erst als die Gegenpartei Zweifel an der Echtheit erhob, gelang es, wahrscheinlich durch erneute Nachforschungen in den Archiven, die Lücke auszufüllen ²⁾. Von dem einen dieser Schriftstücke ist uns ausdrücklich überliefert, dass es dem proconsularischen Archiv entnommen war, von dem andern ist dies wenigstens sehr wahrscheinlich. Der Richter, welchen Honorius den religiösen Parteien gesetzt hatte, gab bei dieser Gelegenheit die Erklärung ab, es sei gesetzlich bestimmt, dass man einen kaiserlichen Erlass wegen Mangels der Datirung nicht in Zweifel ziehen dürfe ³⁾. Wenn diese Frage sogar zum Gegenstande der Gesetzgebung geworden war, so folgt doch daraus, dass Fälle dieser Art nicht eben selten gewesen sein können. Was sollten also die Compileren mit solchen verstümmelten Gesetzesabschriften anfangen? Etwa nach Karthago schicken und in den Archiven nach der verlorenen Unterschrift suchen lassen? Dass sie dies gethan haben, wird kaum jemand annehmen wollen. Oder das Stück aus ihrer Sammlung weglassen? Da es verboten wurde, irgend ein Gesetz eines christlichen Kaisers vor Gericht zu citiren, das nicht im Codex Theodosianus stand ²⁾, so hätte dies die ernstesten Bedenken gehabt: man konnte doch nicht um eines Copistenfehlers willen geltendes Recht einfach aus der Welt schaffen. Man hatte also nur die Wahl, ob man die betreffenden Fragmente *sine die et consule* aufnehmen oder ihnen eine fictive Unterschrift anhängen solle. Das erstere wäre vielleicht gewissenhafter gewesen, doch falls die Gesetze mit andern im

¹⁾ A. a. O. S. 534. — ²⁾ A. a. O. S. 522. — ³⁾ August. brev. coll. III, 19, 37: *cognitor etiam interlocutus est, evidentissimis legibus esse definitum, imperialia constituta, etiamsi consules non legerentur, in dubium non vocari*. Vgl. Capit. coll. Karth. III, 528. — ²⁾ De Theod. cod. auct. § 3: *nulli post kal. Ian. concessa licentia ad forum et quotidianas advocaciones ius principale deferre vel litis instrumenta componere nisi ex his videlicet libris, qui in nostri nominis vocabulum transierunt et sacris habentur in scriniis*. Dass dies nicht etwa später beschlossen wurde, sondern schon beim Beginn der Arbeit die Absicht war, ergiebt sich aus dem Gesetz, durch welches die Herstellung des Codex anbefohlen wird: I, 1, 5 *omni generalium constitutionum diversitate collecta nullaque extra se, quam iam proferri liceat, praetermissa*.

Widerspruch standen, so öffnete es den Advocatenkniffen Thür und Thor. So entschied man sich für den zweiten Ausweg, der wenigstens den Vorzug besass, alle Controversen über das Prius und Posterius kurzweg abzuschneiden.

Auch dies sei an einigen Beispielen nachgewiesen. Bei zwei Fragmenten, die auch nach Inhalt und Ueberschrift zusammengehören (II, 19, 3; IV, 10, 1), findet sich die Unterschrift: *dat. VII kal. Aug. Coloniae Agrippinae, Pacatiano et Hilariano cons.* (332). Das eine derselben dehnt das Recht zur *actio inofficiosi testamenti* für gewisse Fälle auch auf die Brüder des Erblassers aus. Diese Bestimmung wird schon am 13. April 319 dahin interpretirt, dass nur nichtemancipirte Brüder von väterlicher Seite gemeint seien, nicht auch *fratres uterini* (II 19, 1). Hieraus ergibt sich, dass das fragliche Gesetz mindestens 14 Jahre zu spät datirt ist, und dies bestätigt auch das zweite Fragment. Denn dieses erwähnt der *revocatio liberti ingrati*, welche Constantin selbst am 30. Januar 320 aufgehoben hat ¹⁾, als eines bestehenden Rechtsinstituts. Hierzu kommt dann noch der Ort des Datum: innerhalb des Zeitraums, welchen die Gesetze des Codex umfassen, ist uns nur ein Aufenthalt Constantins in Köln überliefert, und dieser fällt in den Sommer 313. Da das Gesetz nach seinem Inhalt vor 319 gegeben sein muss, so passt dies Jahr sehr gut; auch der Tag passt, insofern er thatsächlich dem Sommer angehört; andere Subscriptionen zeigen uns Constantin sogar in demselben Monat in Köln und in dem folgenden in Trier, also gleichfalls in der Nähe. Mitbin sind Tag und Ort richtig, aber das Consulat falsch. Da nun *Constantino A. III et Licinio III cons.* unmöglich mit *Pacatiano et Hilariano cons.* verwechselt sein kann, so muss hier dasselbe eingetreten sein, wie bei einer Urkunde, welche auf dem Religionsgespräch von Karthago aus dem proconsularischen Archiv beigebracht wurde ²⁾. Die Abschrift des Gesetzes, welche für den Codex

¹⁾ Gothofredus hat durch seinen Commentar zu II, 22, 1 gezeigt, dass nach diesem Gesetz der undankbare Freigelassene nicht mehr, wie früher, in die Sklaverei zurückkehrte, sondern nur das Bürgerrecht verlor und Latinus Iunianus wurde. Ueber die Datirung dieses Gesetzes vgl. die Tabelle. — ²⁾ Capit. Coll. Karth. III, 524: *ubi Donatistae volunt esse testatum, in rescripto principis nec diem esse nec*

Theodosianus benutzt ist, besass zwar eine Unterschrift, doch fehlten derselben die Consuln, und diese sind von den Compilatoren nach Gutdünken ergänzt worden. Dabei ist es wohl zu beachten, dass derselbe Fehler bei beiden Fragmenten an weit von einander entlegenen Stellen wiederkehrt. Das allgemeine Gesetz der philologischen Kritik, dass Wiederholungen derselben Anomalie sich gegenseitig stützen und die Conjectur ausschliessen, findet also auf den Codex Theodosianus keine Anwendung.

Vielleicht noch lehrreicher sind die Fragmente VII, 20, 1 und 2. Dieselben lauten: *Imp. Constantinus A. Floriano praesidi. Veteranis, qui ex die V nonarum Iuliarum, cum prima per Thraciam victoria universo orbi illuxit, et qui postea apud Nicomediam nostram missionem meruerunt, certa per edictum indulsumus. — Edictum autem continens indulgentiam nostram ad devotionem tuam misimus, ut et tua dicatio et cuncti alii recognoscant, quid praestitimus memoratis.*

Imp. Constantinus A. cum introisset principia et salutatus esset a praefectis et tribunis et viris eminentissimis, acclamatum est: „Auguste Constantine, di te nobis servent!“ etc. Es folgt das Protokoll über ein Gespräch des Kaisers mit seinen Veteranen, und dasselbe schliesst damit, dass Constantin mündlich alle die Privilegien aufzählt, welche er ihnen zu bewilligen gesonnen ist. Ohne jeden Zweifel ist dies das Edict, von welchem in dem Brief an Florianus die Rede ist. *Edicere* heisst ja öffentlich sagen und die stehende Einleitungsformel jedes Edictes ist: *Ille dicit*. Eine feierliche Erklärung des Kaisers, vor einer grossen Volksmenge abgegeben, kann also jedenfalls ein Edict genannt werden, namentlich wenn das Protokoll darüber durch öffentlichen Anschlag im ganzen Reiche verbreitet wird. Die Unterschrift lautet: *dat. kal. Mart. in civitate Velovocorum Constantino A. VI et Constantio C. cons.* Der Ort kann nur die *Civitas Belovacorum* (Beauvais) meinen;

consulem. 525: ubi respondent catholici, et lectum esse ex rescripto diem et iterum offerunt, ut legatur. 526: prosecutio Donatistarum, lecto die non esse consulem lectum. 527: catholicorum ad ista responsio, et ut, si de rescripto dubitatur, archivorum inspiciatur auctoritas. 535: ubi postea consul invenitur imperiali epistulae.

da also Constantin um die Zeit dieses Gesetzes nicht in Gallien gewesen sein kann, wird man *dat.* in *pp.* ändern müssen. Der Kern seines Heeres bestand bis zur Unterwerfung des Orients ja immer aus Galliern; es ist daher sehr natürlich, dass Exemplare seines Veteranenedicts in den gallischen Städten ausgestellt waren. In dem Brief an Florianus ist von dem Siege des 3. Juli die Rede; das ist derjenige, welcher 324 über Licinius erfochten wurde. Danach ist das Consulat nicht mit Gothofredus in *Constantino A. VI et Constantino C.* (320) zu ändern, sondern in *Constantino A. VII et Constantio C.* (326), was ganz ebenso leicht ist.

Der Brief an Florianus ist das Begleitschreiben, mit welchem ihm das Edict zur Publication übersandt wurde. Geschrieben kann er vielleicht einige Tage nach diesem sein, öffentlich ausgestellt aber nur mit ihm zugleich. Es wäre also möglich, dass beide Schriftstücke ein verschiedenes Datum, nicht aber, dass sie ein verschiedenes Propositum hatten. Da das Gesetz, wie dies ja oft in den Provincialarchiven vorkam (S. 16), nur mit dem letzteren bezeichnet war, so wird sein Begleitbrief wahrscheinlich gar keine Unterschrift gehabt haben, sondern nur nach Art einer Vorrede dem Edict vorangestellt gewesen sein. Nun standen aber an der Spitze des letzteren die Worte *Imp. Constantinus A.*, welche regelmässig den Beginn einer neuen *lex* zu bezeichnen pflegten; dem flüchtigen Beschauer konnte es danach scheinen, als wenn das vorhergehende Schriftstück ein Ganzes für sich sei, und flüchtig sind die Compileren immer und überall verfahren. So vermissten sie denn auch an dem Begleitschreiben die Subscription und setzten auf Gerathewohl: *pp. IV id. Apr. Licinio V et Crispo C. cons.* (318). Dass bei diesem Briefe ein Propositum, welches von dem des Edictes abwich, nicht denkbar ist, haben wir schon gesehen; dass er nicht im Jahre 318 geschrieben sein kann, da er von Ereignissen des Jahres 324 redet, versteht sich von selbst. Die Unterschrift ist also zweifellos falsch, aber dies beruht nicht etwa auf irgend einer durch Conjectur zu heilenden Verderbniss, sondern sie ist ganz und gar erfunden.

Oder vielleicht doch nicht ganz. Es findet sich nämlich ein Gesetz, das im Jahre 318 *a. d. IV kal. April.* publicirt

ist, und da im Codex Kalenden, Iden und Nonen unzählige Mal verwechselt werden, so ist es sehr wohl möglich, dass die Unterschrift des Briefes an Florianus hier entlehnt ist. Denn wenn die Compileren Gesetzen, die sie undatirt überkommen haben, Subscriptionen anhängen, so sind dieselben oft, ja vielleicht immer, nicht erfunden, sondern von anderen Erlassen hergenommen. Dies zeigt am deutlichsten XI, 27, 1. Das Gesetz ist an Ablabius gerichtet und gebietet, die Aussetzung oder Tödtung neugeborener Kinder dadurch zu verhindern, dass man die Mittel zu ihrem Unterhalte armen Eltern aus der Staatskasse gewähre. Nun bestimmt ein anderes Fragment (V, 7, 1), dessen Adresse denselben Ablabius nennt, dass ausgesetzte Kinder denjenigen, welche sie aufgelesen und grossgezogen haben, von den Eltern nicht abgefordert werden dürfen. Die Gleichheit sowohl des Gegenstandes als auch des Adressaten zwingt dazu, diese beiden Stücke als Theile desselben Gesetzes zu betrachten; gleichwohl trägt das eine die Unterschrift: *dat. III id. Mai. Naisso, Constantino A. IV et Licinio IV AA. conss.* (315), das andere: *dat. XV kal. Mai. Constantinopoli, Basso et Ablabio conss.* (331). Da Ablabius vor dem Jahre 326 nie genannt wird¹⁾, im Jahre 331 dagegen auch sonst als Präfectus Prätorio nachweisbar ist, so kann kein Zweifel sein, welches der beiden Daten das richtige ist. Doch andererseits war Constantin im Winter 314/15 in Thrakien, wo er seinen Frieden mit Licinius schloss, und zog dann nach Rom, um dort am 25. Juli 315 seine Decennalien zu feiern. Am 2. Juni war er auf dieser Reise bis nach Sirmium gelangt, muss also im Mai nothwendig durch Naissus gekommen sein, welches auf seinem Wege lag. Wenn also jene falsche Subscription ihn uns am 13. Mai in Naissus zeigt, so ist es ganz undenkbar, dass dies von den Compileren erfunden sei, sondern sie müssen die Unterschrift einem echten, jetzt verlorenen Gesetz oder Rescript entlehnt haben.

Man wird vielleicht fragen, wie die Compileren, da ihnen doch der Erlass an Ablabius mit der richtigen Sub-

¹⁾ Der Erlass an Aelafius (Hänel, Corpus legum S. 191), dessen Adressaten man früher mit Ablabius identificirte, ist von mir als Fälschung erwiesen. Zeitschr. f. Kirchengesch. X, S. 555 ff.

scription vorlag, dazu gekommen sein können, dem einen Theil desselben eine falsche anzuhängen. Die Antwort ist sehr einfach. Waren die Gesetze in einzelne Fragmente zerlegt und diese über die Titel des Codex vertheilt, so war ihr Zusammenhang auch für die Compileren selbst verloren. Wenn also ein Schreiber bei einem dieser Stücke die Unterschrift zufällig vergessen hatte, so musste dies für das betreffende Fragment dieselbe Folge haben, als wenn das ganze Gesetz undatirt aus den Archiven eingeliefert war.

Für die Zwecke des Codex genügte es nicht, dass jedes Fragment ein Datum trug, sondern dieses musste auch so klar und deutlich sein, dass man vor Gericht mit Hülfe der Fasten-tafel das Prius oder Posterius aller Gesetze mühelos feststellen konnte. Die Compileren haben daher ohne Zweifel den Auftrag gehabt, die Consulate in die Form zu bringen, in welcher sie in den verbreiteten Exemplaren der Fasten aufzutreten pflegten, und wenn sie dies nicht ausnahmslos durchgeführt haben, so ist das nur ein weiteres Zeichen ihrer flüchtigen und ungleichmässigen Arbeit. Mit Recht hat daher De Rossi¹⁾ den Satz aufgestellt, dass für die Erforschung der gleichzeitigen Datirungsformen die Subscriptions des Codex gegen die Inschriften nur sehr wenig in Betracht kommen. Doch da dem gegenüber Mommsen²⁾ die Ansicht vertritt, dass die Compileren „keineswegs principiell das effective Datum durch das der späteren Schablone ersetzen wollten, wenn dies auch einige Male geschehen sei“, so muss der Beweis geführt werden. Das zweifelloseste Beispiel finden wir auch hier in den Constitutiones Sirmondi; das zweite Gesetz derselben ist unterschrieben: *dat. pridie non. Febr. Ravennae, Stilicone II consule* (405). Der Erlass fällt, wie man sieht, in den Anfang des Jahres; es ist daher ganz natürlich, dass zu seiner Zeit der constantinopolitanische Consul Anthemius am Hofe von Ravenna noch nicht bekannt war. In Rom hat man in diesem Jahre sogar bis in den December hinein mit dem Namen des Stilicho allein datirt³⁾. Trotzdem findet sich

¹⁾ Inscriptiones christianae urbis Romae I, p. XXXV. — ²⁾ Ostgothische Studien I: Die Consulardatirung des getheilten Reiches. Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde, Bd. XIV, S. 11, Anm. 10. — ³⁾ De Rossi l. l. I, S. 229 ff.

unter den 9 ravennatischen Subscriptionen von 405, welche der Codex erhalten hat, keine einzige, die nicht beide Consuln nannte, obgleich der grössere Theil davon in die erste Hälfte des Jahres fällt. Bei demjenigen Fragment, welches der oben angeführten Constitution Sirmonds entlehnt ist (XVI, 2, 35), lautet die Jahresbezeichnung sogar: *Stilicone et Aureliano cons.* (400). Offenbar war in dem Exemplar, welches den Compilatoren vorlag, die Iterationsziffer ausgefallen und sie ergänzten daher die Subscription durch den Namen des Mannes, der Stilichos College in seinem ersten Consulat gewesen war. Derselbe Fehler ist noch bei 5 anderen Fragmenten gemacht (II, 8, 24; IX, 38, 10; XI, 1, 27; 20, 3; XVI, 5, 37), deren richtige Datirung sich daraus ergibt, dass ihre Unterschrift statt Mailand, wo sich Honorius im Jahre 400 aufgehalten hat, Ravenna nennt. Diese reichen bis auf den 13. November herab. Da der Irrthum der Compilatoren sich nur dadurch erklären lässt, dass die Subscriptionen ihrer Vorlagen den occidentalischen Consul allein nannten, so ist folglich der orientalische im Jahre 405 nicht nur in Rom, sondern auch am Kaiserhofe, mindestens bis zu dem angeführten Datum unbekannt geblieben. Legen wir dieses unserer Berechnung zu Grunde, so erhalten wir 14 Unterschriften desselben Jahres, in welchen der zweite Consul von den Compilatoren theils richtig, theils falsch ergänzt ist. Bedarf es noch eines weiteren Beweises, dass die Gleichmacherei der Jahresbenennungen nicht etwa, wie Mommsen meint, sporadisch vorgekommen, sondern ganz systematisch und absichtsvoll, wenn auch nicht ganz consequent, durchgeführt ist?

Doch vielleicht bildet eben dieses Jahr eine Ausnahme; sehen wir uns also nach anderen Beispielen um. Die beiden zusammengehörigen Fragmente II, 9, 1 und III, 5, 1 sind überschrieben: *Imp. Constantinus A. ad Rufinum pp.* Das zweite davon beginnt mit den Worten: *pater noster nullam voluit liberalitatem valere, si actis inserta non esset.* Dies bezieht sich auf ein wohlbekanntes Gesetz Constantins, das uns nicht nur im Codex (VIII, 12, 1), sondern auch in den Frag. Vatic. 249 erhalten ist und auch sonst von seinen Söhnen als *constituta divi patris nostri* (III, 5, 7; vgl. VIII, 12, 6)

citirt wird. Danach kann kein Zweifel sein, dass in jener Ueberschrift der Name des Constantinus durch den des Constantius zu ersetzen ist, eine Aenderung, die ja graphisch leicht genug ist. Aber der Fehler wiederholt sich auch in der Unterschrift, welche III, 5, 1 lautet: *dat. IV id. Mai. Sirmio Constantino A. V et Licinio Caes. cons.* (319); und hier liegt offenbar kein zufälliges Schreiberversehen vor, das sich durch eine leichte Aenderung heilen liesse. Die Lösung der Schwierigkeit bietet die zweite Subscription, welche das Consulat folgendermassen ausdrückt: *ipso A. V et Licinio Caes. cons.* (319). Offenbar stand im Original *ipso A. V et C. cons.*, womit *Constantio A. V et Constantio C. cons.* (352) gemeint war; auf dieses Jahr passt sowohl der Ort, als auch der Adressat. Die Compileren haben also die abgekürzte Consulsformel in die volle verwandelt, wobei sie denn freilich so unachtsam gewesen sind, dies bei einer der beiden Subscriptionen nur halb zu thun¹⁾, und sind durch den corruptirten Kaisernamen der Ueberschrift über das Jahr getäuscht worden.

Eine ähnliche Aenderung verräth das Consulat I, 27, 1: *Constantinopoli A. et Crispo Caes. cons.* Auch hier stand wohl ursprünglich *ipso A.*; die Compileren corrigirten für Licinius, der gemeint war, denjenigen Kaisernamen hinein, welchen die Ueberschrift nannte, und aus *Constipso* ist *Constp̄*, die bekannte Abkürzung von *Constantinopoli*, geworden.

Dass diese Correcturen nicht etwa vereinzelt dastehen, zeigen die Schicksale des Consulats von 318 *Licinio A. V et Crispo C.* Abgesehen von dem eben angeführten Gesetz und der gefälschten Subscription, welche wir Seite 24 besprochen haben, findet sich dasselbe im Codex Theodosianus nur ein einziges Mal: IX 15, 1 *dat. XVI kal. Dec. Licinio V et Crispo C. cons.* (318) *acc. prid. id. Mart. Karthagine Constantino A. V*

¹⁾ Dasselbe ist auch bei folgenden Subscriptionen geschehen: *ipso A. VII et Constantio C. IV cons.* II, 16, 1; *ipso A. X et Iuliano C. III cons.* II, 21, 2; *Constantio A. VI et C. cons.* VII, 13, 1; *Constantino A. VII et C. cons.* C. J. V, 26; *Constantino A. et C. cons.* XV, 1, 1. Vollständig erhalten ist die abgekürzte Formel nur: *ipsis AA. cons.* II, 10, 5; VI, 4, 17; *ipso A. VII et C. cons.* II, 22, 1; III, 17, 2.

et Licinio C. conss. (319). Wie man sieht, ist diese Unterschrift so beschaffen, dass eine Verwechselung der Consulate gar nicht möglich ist. Selbst wenn in der Quelle beidemal *ipso A. V et C.* gestanden hätte, so wäre doch schon aus der Aufeinanderfolge zweier fünfter Kaiserconsulate zu erkennen gewesen, welche Jahre gemeint sein müssten. An den andern Stellen, wo sie jene abgekürzte Formel in ihren Vorlagen fanden, haben die Compileren das *ipso A.* ausnahmslos durch den Namen des Kaisers ersetzt, welchen sie in der Ueberschrift der Gesetze lasen, und so alle Subscriptionen von 318 auf 319 gebracht. Dass dies der einzige Grund ist, weswegen das erstere jener beiden Jahre so gut wie vollständig im Codex fehlt, ergibt sich aus den folgenden Erwägungen.

Die legislative Thätigkeit Constantins war namentlich in der ersten Zeit seiner Regierung eine äusserst rührige. Dass die Gesetzgebungsmaschine mehrere Monate hindurch gänzlich ruht, kommt nur während grosser Kriege vor, wie in der zweiten Hälfte des Jahres 314, als die feindlichen Mitkaiser sich zum ersten Mal im Felde gegenüberstanden. Doch das Jahr 318 war ein ganz friedliches; jene beispiellos lange Unterbrechung in den Daten der Gesetze findet also gar keine historische Erklärung. Dazu kommen die Ortsnamen, welche mit dem Consulat von 319 verbunden sind. Sehen wir von einigen offenbar verdorbenen Subscriptionen ab, so begegnen uns die folgenden Aufenthaltsorte des Kaisers;

4. Februar bis 27. April. Sirmium II, 4, 1; XI 29, 2; X, 8, 2;

II, 19, 1; VI, 35, 3.

22 Juni Aquileia XI, 30, 9.

1 Juli Aquileia XII, 1, 6.

25 Juli Naissus II, 15.

7 Sept. Mediolanium VIII, 18, 2.

12 Oct. Aquileia III, 17, 1.

24 Oct. Sirmium I, 16, 3 + II, 6, 2.

1 Nov. Serdica II, 10, 1 + 2.

26 Nov. Serdica IX, 37, 1.

1 Dec. Sirmium V, 2.

Wie man sieht, laufen hier zwei Reihen neben einander her, deren jede in sich klar und verständlich, aber mit der

andern unvereinbar ist. Nach der einen reist Constantin im Sommer von Sirmium über Aquileia nach Mailand und kehrt im Herbst wieder über Aquileia nach Sirmium zurück. Nun findet sich im Chronographen von 354¹⁾ zum Jahre 318 folgende Notiz über den Stadtpräfecten Septimius Bassus: *ex die III id. Iul. in id. Aug. vice illius cognovit Iulius Cassius eo quod ad Augustum profectus est*. Wenn der höchste Beamte von Rom den Kaiser persönlich begrüßen geht und zu dieser Reise nur 33 Tage braucht, so zeigt dies, dass Constantin damals in Italien gewesen sein muss. Nehmen wir an, jene erste Datenreihe gehöre ins Jahr 318, so würde der Tag, an welchem der Präfect Rom verliess, der Zeit entsprechen, in welcher Constantin in Mailand angelangt sein kann. Nach der zweiten Reihe zieht er, gleichfalls im Sommer, über Naissus nach Serdica und bleibt dort bis in den Winter hinein. Dazu passt es, wenn wir ihn Anfang 320 in Serdica wiederfinden. Wir werden also die Daten, welche das fünfte Consulat Constantins nennen, je nachdem sie uns den Kaiser von Sirmium aus auf der Reise nach Westen oder nach Osten zeigen, den Jahren 318 oder 319 zuschreiben müssen.

Es liesse sich noch manches zur Bestätigung anführen, wie dass unter dem Consulat von 319 zwei Proconsuln von Afrika und zwei Stadtpräfecten scheinbar zu gleicher Zeit auftreten; doch diese Einzelheiten mögen der unten folgenden Tabelle vorbehalten bleiben. An dieser Stelle kam es uns nur auf den Beweis an, dass wie die Subscriptionen des Jahres 405, so auch die von 318 ausnahmslos aus den Fasten interpolirt sind. Dasselbe gilt natürlich auch von allen anderen Jahren, soweit ihre Consulate in den Quellen des Codex eine Form zeigten, welche diese Art der Interpolation überhaupt zulies.

Und leider ist dies nur zu häufig der Fall gewesen. Dass man die Jahre nur mit einem Consuln bezeichnete, kam nicht nur dann vor, wenn der andere noch unbekannt oder nicht legitim war; auch einfach zum Zwecke der Abkürzung hat man oft in dieser Weise datirt²⁾. Dass dies auch in den Quellen des Codex hin und wieder geschehen ist, halte ich

¹⁾ Mommsen, Ueber den Chronographen von 354. Abh. d. k. sächs. Ges. d. Wiss. II, S. 629. — ²⁾ De Rossi I, S. XIX, XXVII.

für wahrscheinlich, kann es aber nicht mit Sicherheit beweisen. In dem Zeitraum, welchen ich genau untersucht habe, finde ich nur drei Fälle, dass Consulate, welche einen Namen mit einander gemein haben, verwechselt werden: III 5, 3 *Gallicano et Symmacho* (330) statt *Gallicano et Basso* (317), C. J. VI 21, 15 *Optato et Paulino* (334) statt *Paulino et Iuliano* (325), C. J. I, 13, 1 *Sabino et Rufino* (316) statt *Severo et Rufino* (323). In dem dritten Falle sind die Namen *Severus* und *Savinus*, wie sehr oft geschrieben wird, einander graphisch so ähnlich, dass, auch wenn die Jahresbezeichnung nicht abgekürzt war, eine Verwechselung der Consulate leicht eintreten konnte; zwei Beispiele aber sind nicht ausreichend, um auf sie eine Regel zu gründen, namentlich da die Lücken, welche zur falschen Ergänzung jener beiden Consulate führten, auch wohl durch Schreiberversehen entstanden sein können. Immerhin ist es ein auffälliges Zusammentreffen, dass eins derselben (317) auch auf stadtrömischen Inschriften nur den Namen des *Gallicanus* zeigt¹⁾.

Doch wie man dies immer erklären mag, jedenfalls sind die Consulate der Privaten im Vergleich zu den kaiserlichen noch sehr gut überliefert. Dass man bei diesen die Iterationsziffern in jeder Art von Urkunden sehr oft weglassen hat, ist wohlbekannt²⁾; dass dies auch in den Vorlagen der Compileren unzählige Male geschehen war, ergibt sich weniger aus den spärlichen Fällen, in welchen sich im Texte des Codex das Gleiche findet³⁾ — denn hier könnten

¹⁾ De Rossi 33: *Gallicano cons.* Vielleicht gehört auch 26: *Gal. cons.* hierher. — ²⁾ Beispiele: De Rossi, *Inscriptiones christianae urbis Romae* 53: *Constantio et Constantino coss.* 54: *Constantio et Constante cons.* 166: *Iuliano et Sallustio coss.* 168: *Cl. Iuliano et Sallustio coss.* 221, 222: *Gratiano et Probo cons.* 223: *consolatu Gratiani et Probi.* 228: *Grat. et Pro.* Frg. Vat. 273. 274: *Constantino et Licinio Augg. cons.* Das Protokoll des Zenophilus bei Migne, *Patrologia latina* 43, S. 793 und Mansi, *Conciliorum collectio* II, S. 500: *Constantino Maximo Augusto et Constantino iuniore nobilissimo Caesare cons.* Im Hermodenianus und Gregorianus war für *Diocletiano A. V et Maximiano A. IV cons.* durchgängig nur *AA. cons.* gesetzt. Mommsen, Ueber die Zeitfolge der in den Rechtsbüchern enthaltenen Verordnungen Diocletians und seiner Mitregenten, *Abhandl. d. Berl. Acad.* 1860, S. 432. — ³⁾ I, 27, 1; II, 10, 2; VI, 35, 2; IX, 16, 3; X, 8, 1; XI, 7, 2; XIII, 3, 1;

ja die Ziffern durch die Nachlässigkeit der Abschreiber ausgefallen sein — als aus der ganzen Behandlung der Kaiserconsulate. Besonders lehrreich sind die der Jahre 365—373; hier findet sich *Valentiniano et Valente cons.* mit der Ziffer *II* verbunden in 4 Fragmenten, mit *III* in 16, mit *IV* in 9, ohne Ziffer in 131. Und innerhalb der chronologischen Reihenfolge der einzelnen Titel haben die Compiler diese ganze Masse an die Stelle gesetzt, welche dem ersten Consulat der beiden Kaiser zukam¹⁾; sie selbst haben sie also ebenso wie wir ohne Iterationsziffern überkommen.

Unter Valentinian und Valens gab es ein Kaiserconsulat, dass auch in den Fasten zifferlos war; unter Constantin und Licinius nicht. Wollte man jedes ihrer Gesetze auf ein bestimmtes Jahr festnageln, wie dies die Aufgabe der Compiler war, so musste man die Ziffern, wo sie in den Quellen nicht standen, nach Gutdünken ergänzen, und so ist es im Codex denn auch geschehen. Wo man *ipsis AA. cons.* fand, da ist dies bald in *Constantino A. III et Licinio III cons.* (313), bald in *Constantino A. IV et Licinio IV cons.* (315) verwandelt worden; *Constantino et Licinio* wurde bald mit der *III*, bald mit der *IV* versehen, bald in *Constantino A. V et Licinio C.* (319) aufgelöst. *CC. cons.* oder *Crispo et Constantino* konnte auf die Jahre 321 und 324 bezogen werden, *Constantino et Constantino* auf 320 und 329 und, da *Constantinus* in den Handschriften fortwährend mit *Constantius* und *Constans* verwechselt war, daneben auch auf 326, 339, 342, 352, 353, 354; *ipso A. et C.* endlich galt unterschiedslos für die Jahre 318, 319, 320, 326, 329, 352, 353, 354, 356, 357, 360.

Noch nicht genug der Verwirrung! Dem achtsamen Leser wird es wohl schon aufgefallen sein, dass nach dem S. 28 ff. Gesagten in keiner von all den Quellen, welche den Compil-

XIV, 3, 1; XV, 1, 1; vgl. auch S. 27 und die S. 32, Anm. 1 angeführten Stellen.

¹⁾ Die sieben Daten, aus deren Stellung in der Folge sich ergibt, dass die Compiler sie einem späteren Jahr als 365 zugeschrieben haben (VII, 4, 16; 13, 5; X, 4, 3; 17, 2; 19, 7; XII, 1, 70; XIV, 17, 6), sind bei obiger Zählung nicht mit berücksichtigt worden, weil hier die Ziffer wahrscheinlich nur in den erhaltenen Handschriften ausgefallen ist.

latores vorgelegen haben, bei dem Consulat von 318 der Name des Licinius ausgeschrieben, sondern überall die verkürzte Bezeichnung *ipso A.* dafür eingetreten war. Wo die Urkunden so zahlreicher Archive zusammengefloßen sind, ist dies gleichmässige Unterdrücken des Namens bei demselben Consulat jedenfalls sehr merkwürdig und erheischt eine Erklärung.

Bekanntlich ist Licinius hingerichtet, seine Verfügungen annullirt, sein Andenken mit dem Fluche belegt worden, eine Massregel, mit der nach römischem Brauche regelmässig die Tilgung des Namens in den öffentlichen Denkmälern verknüpft war. Diese ist bei ihm zwar nicht mit voller Consequenz durchgeführt worden: in den Fasten hat man seine Consulate unberührt gelassen und mehrere Inschriften von ihm sind ohne Rasur auf uns gekommen. Trotzdem hat seine Verurtheilung nicht nur auf den Steinen, sondern auch in den papiernen Urkunden der Zeit vielfache Spuren hinterlassen. Sowohl im Cod. Theod. als auch in den Frg. Vatic. ist in den Ueberschriften der Gesetze sein Name beseitigt; ebenso in den Erlassen, welche Eus. h. eccl. X 5, 15—6, 1 mittheilt. Mitunter ist das Jahr 313 durch *Constantino A. III cons.* mit Weglassung des Licinius ausgedrückt¹⁾. Aehnlich scheint auch in einer Quelle des Codex sein fünftes Consulat (318), das er mit Crispus bekleidet hatte, durch *Crispo C. cons.* allein bezeichnet gewesen zu sein, was die Compileren in *Crispo et Constantino Caess. cons.* (321) abgeändert haben²⁾; ein anderes Mal hatte man wenigstens seinen Namen unterdrückt und *ipso A. et Crispo C.* gesetzt (S. 28). Aber auch Crispus wurde hingerichtet, auch sein Name findet sich auf den Inschriften hin und wieder radirt. Das gemeinsame Consulat der beiden war zwar nicht für nichtig erklärt, so dass man das Jahr 318 mit *post consulatum Gallicani et Bassi* hätte benennen können; immerhin aber fanden es die Kanzleien angezeigt, die verpönten Namen zu vermeiden und statt ihrer einfach *ipso A. et C.* zu setzen. Ob man mit den zwei anderen Consulaten des Crispus (321, 324) ebenso verfahren ist, wissen wir nicht. Wenn in Codex *Crispo et Constantino CC. cons.* immer ausgeschrieben

¹⁾ Relation des Proconsuls Anulinus bei August. epist. 88, 2 und Act. coll. Karth. III, 220. Vgl. Frg. Vat. 35. — ²⁾ S. die Tabelle unter dem 23. Mai 318.

ist, so bleibt es trotzdem möglich, dass in vielen seiner Quellen statt dessen *CC. cons.* gestanden hat. Da dies die einzigen zwei Caesares waren, welche unter Constantin gemeinsam das Consulat bekleidet hatten, so konnte diese Abkürzung nur insofern Anlass zu Missverständnissen geben, als die Iterationsziffern in Betracht kamen.

Doch für die Consulate des Licinius findet sich auch noch eine andere Formel, die ebenso wohl beglaubigt, wie schwer zu erklären ist. XV, 1, 1 steht die Unterschrift: *dat. IV non. Febr. Mediolano, acc. VIII id. Iul. Constantino A. et C. cons.* Im Februar kann Constantin nur einmal in Mailand gewesen sein, im Jahre 313; der Ort lässt also keinen Zweifel zu, dass das Consulat *Constantino A. III et Licinio III* heissen müsste. Licinius ist niemals Cäsar gewesen; trotzdem wird jeder Herausgeber sich bedenken müssen, die Subscription zu emendiren, schon weil wir gesehen haben, dass die abgekürzten Consulsformeln, wo sie sich ausnahmsweise erhalten haben, immer als die ursprünglicheren zu betrachten sind. Dazu kommt, dass gerade diese den Schlüssel bietet, um eine ganze Reihe falscher Datirungen zu erklären. Für die drei Consulate, welche Constantin mit dem Augustus Licinius gemeinsam geführt hat (312, 313, 315), finden wir nämlich im Codex:

Constantino A. V et Licinio C. cons. (319) 8 mal: VII, 22, 1; VIII, 12, 4; 18, 1; IX, 10, 3; X, 10, 2; XI, 3, 1; XIII, 5, 3; XVI, 2, 2.

Constantino A. VI et Constantino C. cons. (320): IX, 34, 2.

Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326): I, 12, 3; XI, 36, 3; XV, 14, 3; 4.

Constantino A. VIII et Constantino C. IV cons. (329): XI, 30, 15.

Die Zeit aller dieser Gesetze ist durch Inhalt, Ort oder Adressaten vollkommen sichergestellt, und wie man sieht, erklären sich alle diese unrichtigen Consulate aus falscher Auflösung der Formel *Constantino A. et C. cons.* Dass das erste Jahr, in welchem Constantin mit einem Cäsar zusammen Consul war (319), am allerhäufigsten erscheint, liegt in der Natur der Sache.

Wie man für das Consulat zweier Augusti zu dieser seltsamen Abkürzung gelangt ist, wage ich nicht zu entscheiden. Vielleicht hat man, nachdem der Name des Licinius getilgt

war, an dem Fehlen des zweiten Consuln Anstoss genommen und die Lücke durch ein *et C.* aufs Gerathewohl ausgefüllt; vielleicht ist Constantin thatsächlich eine Zeit lang bemüht gewesen, seinen Mitregenten in die Stellung eines Caesar herabzudrücken¹⁾, und dies hat in den Fasten des Westens seine Spuren hinterlassen. Doch ob die Erklärungen richtig sind oder nicht, die Thatsache selbst unterliegt keinem Zweifel, und leider ergiebt sich aus ihr der Schluss, dass man die sieben Consulate für 312, 313, 314, 319, 320, 326 und 329 beliebig untereinander vertauschen kann. Ja, wenn wir annehmen, wie wir müssen, dass jene Formel mitunter auch zu *ipso A. et C. cons.* abgekürzt worden sei, so kommt als achttes auch noch das Consulat für 318 hinzu; d. h. sämtliche Kaiserconsulate aus Constantins Zeit fliessen gänzlich ineinander.

Mit Recht wird man fragen, wozu man denn die Urkunden überhaupt mit Consulaten versah, wenn man dazu Formeln wählte, welche alles Mögliche bedeuten konnten. Die Antwort darauf geben die Subscriptionen Diocletians und seiner Mitregenten, wie sie uns mittelbar durch den Gregorianus und Hermogenianus erhalten sind. Auch hier begegnet uns die Abkürzung *AA. cons.*; auch hier bezeichnet sie nicht, wie man zunächst erwarten sollte, das erste Consulat, welches die beiden Augusti zusammen bekleidet hatten (287); doch ist sie darum keineswegs vieldeutig. Aus Gründen der Zeit- und Raumersparniss verwendeten die beiden Gesetzsammlungen die kürzeste Formel für dasjenige Kaiserconsulat, aus welchem sie die meisten Rescripte besaßen (293), aber auch ausschliesslich für dieses. Welches Jahr gemeint sei, liess sich in den meisten Titeln aus der Reihenfolge der Constitutionen erkennen, und wer mit den Rechtsbüchern vertraut

¹⁾ In dem Processprotokoll des Felix von Aptunga (Migne, Patrologia latina 43, S. 784 = Mansi, Conciliorum Collectio II, S. 511) hat sich vielleicht eine Spur davon in folgender Stelle erhalten: *Constantinus Maximus semper Augustus et Licinius Caesar ita pietatem christianis exhibere dignantur etc.* Bei den Consulaten des Codex ist der Augustustitel bei Licinius regelmässig weggelassen, der Cäsarentitel findet sich I, 2, 2; XVI, 2, 1; C. J. II, 8, 3. Wo die Inschriften einen *Licinius Caesar* nennen, ist es meist nicht sicher zu entscheiden, ob der Vater oder der Sohn gemeint sei.

war, der verstand die Bedeutung der Formel auch dort, wo dieses Hilfsmittel versagte. Dem Kanzleipersonal, welches die Urkunden der Archive für Theodosius II zu copiren hatte, waren die beiden Sammlungen zweifellos wohlbekannt und ihre Einrichtung hat daher gewiss auch auf die Copialbücher eingewirkt, welche nach Constantinopel versandt wurden. In jedem bedeutete *Constantino A. et C.* oder *ipso A. et C. cons.* wahrscheinlich nur Ein Jahr, aber in jedem ein anderes. Im Zusammenhange des einzelnen Buches konnte man nicht im Zweifel sein, was diese Abkürzungen meinten; wurden aber die Fragmente mehrerer Registerbände bunt durcheinandergeworfen, wie dies die Compiler thaten, so hörte auch für sie selbst jede Orientirung auf. Wie der Gregorianus und Hermogenianus die übrigen Consulate Diocletians und Maximians mit den Iterationsziffern unterschieden, so werden es wohl auch die Concipienten jener Register gethan haben; daher sind im Cod. Theod. oft die Kaiserconsulate ganz richtig. Aber leider müssen wir nach der gleichen Analogie vermuthen, dass auch in den Copialbüchern gerade diejenigen Jahre, aus welchen jedes die meisten Gesetze enthielt, mit der verkürzten Formel benannt waren, so dass, wenn nicht gar die Mehrzahl, so doch gewiss ein sehr grosser Theil der Datirungen jenen unvermeidlichen Missverständnissen unterworfen blieb.

Wollte man die Gleichförmigkeit der Jahresbenennungen durchführen, so mussten auch die Postconsulate, soweit sie nicht durch den völligen Mangel der Consuln bedingt waren, beseitigt werden. Wenn dies häufiger unterblieben ist, als die Auflösung der abgekürzten Formeln, so liegt das wohl nur daran, dass die beiden Buchstaben *p. c.* vor den Consulnamen von den Compilatoren selbst nicht selten übersehen sind ¹⁾. Aber derselbe Fehler ist unzählige Mal von den

¹⁾ Wie oft dies vorkam, zeigt der Fall, der uns von dem Religionsgespräch zu Karthago berichtet wird. Der Cognitor giebt seinen Kanzleibeamten den Auftrag, den zeitlichen Abstand zweier Actenstücke nach den Fasten zu bestimmen, und diese, durch das Postconsulat getäuscht, setzen ihn auf einen Monat statt auf dreizehn an. August. brev. coll. III, 17, 32: *sed officium ut falleretur et mensem interesse responderet, eundem consulatum putavit, postconsulatum autem non advertit, ubi annus iam alius agebatur.* Andere Verwechselungen derselben Art sind nachgewiesen: Zeitschrift für Kirchengeschichte X, S. 516 ff., 526.

Copisten gemacht worden, welche theils in den Provincialarchiven, theils in Constantinopel für den Codex thätig waren. Am deutlichsten ergibt sich dies aus den beiden Fragmenten I 10, 1 und XII 1, 89, welche folgende Adresse und Unterschrift tragen:

Ad Syagrium pp. — dat. III non. Jul. Viminacio, Syagrio et Eucherio conss. (381).

Ad Syagrium pp. — dat. III non. Jul. Viminacio, p. c. Syagrii et Eucherii vv. cc. (382).

Da Adressat, Tag und Ort die gleichen sind, so wird im Original zweifellos auch das Jahr dasselbe gewesen sein¹⁾. Vielleicht noch lehrreicher sind die zwei Fragmente, welche folgende Subscriptionen haben (VIII, 12, 2; IX, 10, 1):

dat. XII kal. Mai. Serdicae, Sabino et Rufino conss. (316),

dat. XV kal. Mai. Serdicae, Gallicano et Basso conss. (317).

Das erstere Consulat kann nicht richtig sein, erstens weil zu jener Zeit Constantin nicht in Serdica war, zweitens weil erst nach dem 13. August 316 der Adressat des Gesetzes sein Amt angetreten haben kann. Dieser ist in beiden Fragmenten der gleiche; beide handeln von der Regelung der Besitzfrage, gehören also auch dem Inhalt nach zusammen; der Ort stimmt in beiden überein; ebenso das Tagdatum, denn U und II wird in den Handschriften so oft verwechselt, dass man XII und XV beinahe als dieselbe Ziffer betrachten darf. Wir haben

¹⁾ Das Postconsulat auf ein verlorenes Acceptum oder Propositum zu beziehen, wie Krüger (Ueber die Zeitbestimmung der Constitutionen aus den Jahren 364—373. *Commentationes Mommsenianae* S. 78) in ähnlichen Fällen thut, ist desshalb nicht zulässig, weil Gratian im Jahre 382 gegen die Donauharbaren gekämpft hat, also wirklich in Viminacium gewesen sein muss (vgl. Götting. gel. Anz. 1887 S. 515). Ebenso passt in mehreren der S. 15 angeführten Fälle der Ort nur auf das Jahr des Postconsulats, nicht auf das des vorhergehenden Consulats. Im übrigen stimme ich mit Krüger, der auch die Bedeutung der Provincialarchive für den Cod. Theod. zum ersten Mal erkannt hat, in den meisten Beziehungen überein. Seinen kleinen, aber methodisch werthvollen Aufsatz hatte ich vor Jahren gelesen, und wenn er gleich seitdem meinem Gedächtniss entschwunden war, so zweifle ich doch nicht, dass ich mich durch die halbverwischte Erinnerung daran bei dieser Untersuchung vielfach unbewusst habe leiten lassen. Wäre er mir rechtzeitig wieder eingefallen, so hätte ich S. 3 nicht geschrieben, dass keiner auf den Bahnen des Gothofredus weiter fortgeschritten sei.

also hier zwei Fragmente desselben Gesetzes vor uns; folglich muss auch das Jahr dasselbe sein und zwar 317. Da der Erlass nach Afrika gerichtet ist, wo die Postconsulate ja am häufigsten waren (S. 14), so wird die Vorlage unterschrieben gewesen sein: *p. c. Sabini et Rufini*, und diese Jahresbenennung ist das eine Mal richtig in das Consulat umgesetzt, welches ihr zeitlich entsprach, das andere Mal falsch in dasjenige, dessen Namen sie enthielt. Aus diesen Beispielen, denen sich noch viele andere hinzufügen lassen, ergibt sich die Regel, dass wir jedes Consulat in sein Postconsulat verwandeln und so jedes Gesetz des Codex um ein Jahr später datiren dürfen.

Für die provincielle Jurisdiction waren die *Proposita* so lange von hoher Wichtigkeit, als die Frage, an welchem Tage ein Gesetz in Kraft getreten sei, für einzelne Rechtsfälle entscheidend sein konnte. Doch je älter die Gesetze wurden, desto seltener kam dies vor, und wer sich auf den Standpunkt des Gesamtreiches stellte, wie das die Aufgabe der Compileren war, musste diesen Theil der Subscription schon deswegen als gleichgiltig betrachten, weil er für jede Provinz verschieden sein konnte. Mit Recht hat man daher die *Data* auf Kosten der *Proposita* bevorzugt; doch auch hier ist die ungeschickte Anwendung eines richtigen Grundsatzes eine Quelle von Fehlern geworden. Wo die *Proposita* allein überliefert waren, haben einzelne der Compileren sich bemüht, wenigstens den Schein von *Data* hervorzurufen, indem sie *pp.* oder *acc.* in *dat.* änderten. Das sicherste Beispiel dafür ist das schon oben (S. 16) angeführte Gesetz, von dem zwei Fragmente *dat. Beryti*, nur eins richtig *pp. Beryti* bezeichnet ist, da hier die Wiederholung des Fehlers den Gedanken an eine zufällige Entstehung desselben ausschliesst. Wenn beide Theile der Subscription vorlagen, hat man den zweiten, überflüssigen oft getilgt, und auch dies hat zu falschen Datirungen Anlass gegeben.

Wo Datum und Propositum in verschiedene Jahre fallen, da pflegt, auch wenn beide aufgenommen sind, doch nur eins der beiden Consulate genannt zu sein und zwar ausnahmslos das letzte¹⁾. Dies widerspricht eigentlich dem Princip der

¹⁾ VI, 22, 2; VIII, 10, 1; IX, 1, 1; 40, 1 + XI, 30, 2 + 36, 1;

Compileren, auf das Datum das grössere Gewicht zu legen, doch scheint die Gewohnheit, die Consuln immer am Ende der ganzen Subscription zu lesen, stärker gewesen zu sein. Strich man nun das Propositum, so entstand leicht der Fehler, für welchen das Gesetz Julians VIII, 5, 15 + C. J. VIII, 10, 7 das bezeichnendste Beispiel ist. Es trägt die Unterschrift: *dat. VII kal. Nov. Antiochiae, Iuliano A. IV et Sallustio cons.* (363). Dies Datum ist unmöglich, weil an jenem Tage der Kaiser, den die Ueberschrift nennt, längst todt war. Die Lösung der Schwierigkeit bieten zwei andere Fragmente desselben Gesetzes (XI, 28, 1 + XV, 3, 2), welche folgendermassen unterschrieben sind: *dat. VII kal. Nov. Antiochiae, acc. XV kal. Apr. Karthagine, Iuliano A. IV et Sallustio cons.* Die Compileren haben also in den beiden erstgenannten Fragmenten Tag und Ort des Acceptum getilgt, aber das Consulat stehen lassen, wodurch das Datum um ein Jahr zu spät wurde. Dies Beispiel und viele ähnliche beweisen, dass wir bei jedem alleinstehenden Datum des Codex berechtigt sind, das Consulat auf ein verlorenes Acceptum zu beziehen und es demgemäss um ein Jahr vorzudatiren. Voraussetzung ist dabei nur, dass der Tag dem 31. December nahe genug liegt, um die Annahme, das Gesetz sei erst im nächsten Jahre an seine Adresse gelangt, wahrscheinlich zu machen. Natürlich wird der Abstand desto grösser sein dürfen, je weiter der Aufenthaltsort des Empfängers von dem des Kaisers entfernt ist. Befindet sich z. B., wie am 30. Juli 325, der letztere in Nicomedia und ist der Adressat ein afrikanischer Beamter, so kann das Datum sogar noch in den Hochsommer fallen; früher allerdings kaum. Es findet sich zwar ein Beispiel, dass ein Gesetz, um von Ravenna nach Karthago zu gelangen, beinahe ein volles Jahr brauchte¹⁾, doch mit solchen

X, 17, 3; XI, 1, 13; 28, 1 + XV, 3, 2; XIII, 1, 1; XVI, 8, 5 + 9, 1; vgl. auch Sirm. 12. Dass beide Consulate genannt werden, kommt nur zweimal vor: IX, 15, 1; XV, 7, 13.

¹⁾ XV, 7, 13: *dat. VI id. Febr. Ravenna, Constantio v. c. cons. (414), acc. a tribuno voluntatum X kal. Febr. Karthagine post cons. [eiusdem, quod est] Honorio et Theodosio AA. cons.* So dürfte die arg verstümmelte Subscription wohl zu ergänzen sein.

Ausnahmen, die nur durch ganz besondere Verhältnisse herbeigeführt sein können, darf man nicht rechnen.

Wo die Jahresbezeichnungen so gründlich verdorben wurden, da sind die Tagdaten natürlich auch nicht unberührt geblieben. Von der Verwechslung ähnlicher Zahlen, wie V und II, III und IIII, ähnlicher Monatsnamen, wie *Jan.*, *Jun.* und *Jul.*, *Mai.* und *Mart.*, und was dergleichen mehr ist, schweige ich, da diese Fehler allen Handschriften gemein sind und keine Eigenthümlichkeit des Codex bilden. Doch auch hier hat sich neben der zufälligen Corruptel sehr oft die bewusste Interpolation geltend gemacht. Namentlich wo in den Quellen oder auch in den daraus gefertigten Excerpten Lücken waren, kam es den Compilatoren gar nicht darauf an, den ersten besten Monatsnamen zu setzen. Finden sich doch bei den 9 Fragmenten VI, 27, 1; VII, 13, 1; 21, 2; VIII, 4, 5; 7, 4; 5; 6; XII, 1, 14; 18, die alle demselben Gesetz angehören, nicht weniger als 9 verschiedene Tagdaten. Doch Derartiges ist Ausnahme; im ganzen dürfen die Tage für viel besser beglaubigt gelten, als die Consuln, schon weil jene nicht, wie diese, aus den Fasten systematisch interpolirt werden konnten. Wo daher eine Unterschrift der Emendation bedarf, da wird diese immer passender bei der Jahresbenennung als bei dem Tagdatum einsetzen, mag auch die Aenderung scheinbar schwieriger sein.

Am wenigsten haben die Ortsdaten gelitten, weil diese der entbehrlichste Theil der Subscription waren und sich daher die Compilatoren, wo sie fehlten, nicht zu willkürlichen Ergänzungen gezwungen sahen. Höchstens kommt es vor, dass eine Corruptel des Consulnamens *Constantino* zu *Constantinopoli* wird (S. 28); doch auch dies ist selten. Nur eine bemerkenswerthe Art der Interpolation ist mir auf diesem Gebiete begegnet: der Ort *Constantinopoli* erscheint mehrfach in gut beglaubigten Subscriptionen, noch ehe die Stadt diesen Namen erhalten hatte; *Byzantii* findet sich dagegen niemals, obgleich Constantin auch vor der Einweihung seiner neuen Hauptstadt sich nicht selten in ihren Mauern aufgehalten hat. Es ist daher wohl mehr als Vermuthung, dass die byzantinischen Schreiber, welche den früheren Namen ihrer Heimath

natürlich kannten, überall, wo sie in den Quellen Byzanz fanden, dafür Constantinopel gesetzt haben. Doch dies erschüttert den Grundsatz nicht, dass die Ortsdaten den zuverlässigsten Bestandtheil der Unterschrift bilden und jede chronologische Untersuchung von ihnen auszugehen hat.

Soviel von den Subscriptionen. Bei den Ueberschriften wurde die Interpolation meist dadurch veranlasst, dass sie den Compilatoren entweder unvollständig oder gar nicht vorlagen. Das erstere scheint namentlich auf folgende Weise eingetreten zu sein. Wir sahen schon, dass diejenigen, welche die Urkunden der Archive für den Codex Theodosianus in Copialbücher zusammentrugen, durch die Muster des Gregorianus und Hermogenianus beeinflusst worden sind. Diesen werden sie auch darin gefolgt sein, dass sie nur dem ersten Gesetz jedes Kaisers den vollen Namen desselben vorschrieben und bei allen folgenden das bekannte *Idem A.* oder *Idem AA.* an dessen Stelle setzten. Wurde nun durch die Unachtsamkeit eines Copisten diese Art der Ueberschrift auch auf das Excerpt übertragen, welches aus dem Zusammenhange des Registers herausgerissen war, so war damit der Kaisername verloren und konnte nur auf Grund des Consulates, welches die Unterschrift nannte, wieder ergänzt werden. Wenn dieses fehlte oder seine Formel zweideutig war, so sahen sich die Compilatoren aufs Rathen angewiesen. So ist es gekommen, dass sich manchmal ein falscher Kaisername mit einer sonst richtigen Adresse verbunden findet¹⁾. Charakteristisch dafür sind namentlich die drei Gesetze, welche angeblich von Constantin an den Praefectus Praetorio Secundus gerichtet sind (I, 16, 5; IX, 1, 6; XV, 1, 3). Ein Mann dieses Namens hat unter Julian jenes Amt bekleidet²⁾, und es lässt sich denn auch in allen drei Fällen mit Sicherheit nachweisen, dass dieser Kaiser der Autor des Gesetzes ist. XV, 1, 3 bestimmt, dass die Provincialstatthalter kein neues Bauwerk anfangen dürfen, ehe sie die von ihren Amtsvorgängern begonnenen zu Ende geführt haben; nur zu Gunsten von Tempelbauten wird eine Ausnahme gemacht. Dass diese

¹⁾ Vgl. Krüger S. 77. — ²⁾ Mommsen zum CIL. III, 247.

Anordnung nicht dem ersten christlichen Kaiser, sondern dem Restaurator des Heidenthums angehört, bedarf wohl keines Beweises. IX, 1, 6 ist unter dem Datum des 21. November 363 gleichlautend an Mamertinus erlassen (I, 22, 3), mit dem Secundus zugleich im Amte war. Offenbar hat Julian dieses Gesetz allen seinen Präfecten übersandt und es ist aus zwei Provincialarchiven unter verschiedener Adresse in die Hände der Compileren gelangt. I, 16, 5 endlich heisst Secundus *pp. Orientis* und unter Constantin ist es ganz unerhört, dass dem Titel der Präfecten der Name ihres Amtsbezirkes hinzugefügt wird¹⁾. Die Unterschriften nennen alle drei Consulate aus der Zeit Constantins, die natürlich mit Rücksicht auf die Ueberschriften gefälscht sind. In einer (I, 16, 5: *dat. XIV kal. Mai. Constantinopoli, Constantino A. VIII et Constantio IV conss.*) scheinen wenigstens Tag und Ort richtig zu sein, denn am 18. April 362 war Julian in Constantinopel und dies Datum passt auch zur Amtszeit des Secundus. Zufällig verwechselt konnte der Name Constantins wohl mit dem des Constantius werden (vgl. S. 27), aber nicht mit dem Julians. Es liegen also in allen drei Fragmenten Interpolationen vor, die sich kaum anders erklären lassen, als es oben geschehen ist.

Wo in den Quellen die Ueberschrift ganz fehlte, was nicht selten vorgekommen ist, haben die Compileren fünf verschiedene Wege eingeschlagen:

1) Sie liessen den Adressaten weg und ergänzten mit Hülfe des Consulats den Namen des Kaisers. Dass in diesen sehr häufigen Fällen die Inscription gar keine Autorität besitzt, versteht sich von selbst.

2) Sie setzten der Grussformel, welche am Eingange des Briefes stand, den Kaisernamen auf die gleiche Weise voran. Denn dass *Imp. Constantinus A. Ave Felix carissime nobis* keine echte Ueberschrift ist, braucht wohl nur ausgesprochen zu werden, um der allgemeinen Beistimmung sicher zu sein.

¹⁾ Die älteste Inschrift, in welcher dies meines Wissens der Fall ist, gehört demselben Mamertinus, welcher im Text genannt ist: CIL. V, 8987. Im Codex kommt es, abgesehen von unserem Falle, zuerst unter Valentinian vor: VII, 13, 5; X, 17, 1; XI, 11, 1; XIII, 10, 4; 5; C. J. X, 32, 29; XI, 48, 6.

3) Der Grussformel oder der Anrede, welche in den kaiserlichen Briefen die Einleitung abzuschliessen pflegt, wurde der Name des Adressaten entnommen und mit dem Kaisernamen, den das Consulat ergab, in folgender Weise verbunden: *Imp. Constantinus A. Felici* oder *Idem A. ad Felicem*.

4) Der Text der Urkunden enthielt zwar meist den Namen des Adressaten, aber nie den Amtstitel. Fühlten sich also die Compileren gedrungen, auch diesen zu ergänzen, so waren sie auf eigene Erfindung angewiesen und haben dann regelmässig die Titel *pp.* oder *pu.* verwandt, weil ihnen diese die geläufigsten und zugleich die kürzesten waren. Beispiele findet man in der Tabelle unter dem 2. Februar 313, 1. October und 3. December 315, 3. Februar 316, 1. Mai 317, 6. Juli 326 und sonst.

5) Wie mitunter an sich echte Unterschriften Gesetzen angehängt wurden, zu denen sie nicht gehörten, so kam das gleiche auch bei den Ueberschriften vor. Namentlich folgendes Beispiel ist dafür bezeichnend. XIV, 3, 7 ist überschrieben: *Idem AA.* (d. h. Valentinian und Valens) *ad Viventium pu.*, unterschrieben: *dat. VIII id. Oct. Altino, Divo Ioviano et Varroniano cons.* (364). Das Datum ist richtig; denn erstens ist Valentinian zu jener Zeit nachweislich im östlichen Oberitalien gewesen, zweitens kehrt die gleiche Subscription bei einem anderen Fragment (XIV, 21) wieder, das gleich diesem von den für die Verpflegung Roms thätigen Corporationen handelt, also offenbar zu demselben Gesetze gehört. Doch dieses trägt die Ueberschrift: *Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Symmachum pu.* und es steht auch sonst fest, dass im Jahre 364 Symmachus und nicht Viventius die Stadtpräfectur bekleidete¹⁾. Doch ist jene erste Inscription nur in Verbindung mit diesem Gesetze falsch; an sich ist sie richtig; denn unter Valentinian und Valens ist thatsächlich ein Viventius Präfectus Urbis gewesen. Sie muss also einer echten Urkunde entlehnt und nur von den Compileren an die falsche Stelle gesetzt sein²⁾.

¹⁾ Die Reihe der Stadtpräfecten bei Ammianus Marcellinus, *Hermes* XVIII, S. 289. — ²⁾ Andere Beispiele bei Krüger S. 80.

Dass übrigens neun Zehntel der Ueberschriften uns nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt erhalten sind, versteht sich ganz von selbst. Wo jetzt *ad senatum* steht, da lautete das Original: *consulibus, praetoribus, tribunis plebis, senatui salutem*, wo *edictum* oder *ad populum* oder *ad universos provinciales*, da war die Einleitung: *Imp. Caes. Fl. Constantinus pius felix maximus victor ac triumphator semper Augustus dicit; ad Felicem pp.* steht an der Stelle von *Felici pp. salutem* u. s. w. Doch diese Abkürzungen und Veränderungen sind wohl nur zum kleinsten Theil von den Compilatoren gemacht; die Mehrzahl stammt wahrscheinlich schon aus den Copialbüchern her und darf insofern als überliefert gelten.

Fassen wir das Ergebniss dieser Untersuchung kurz zusammen, so dürfte es dahin lauten, dass für die Zeitbestimmung der Gesetze der Kaisername und das Consulat zwar nicht gleichgiltig sind, aber doch eine relativ geringe Autorität besitzen, namentlich wenn das letztere ein Kaiserconsulat ist; werthvoller ist der Name des Adressaten, am werthvollsten das Ortsdatum. Allerdings kann es auch bei diesen vorkommen, dass sie zwar an sich richtig sind, aber bei einem nicht dazu gehörigen Gesetze stehen. (Schluss folgt.)

II.

Ueber einen Ordo iudiciarius vom Jahre 1204.

Von

Herrn Gerichtsassessor **Friedrich Altmann**
in Berlin.

I.

Durch Stintzings Werk „Ueber die populäre Litteratur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland“ ist der Blick der litterärgeschichtlichen Forscher auf eine Reihe mittelalterlicher Schriften gelenkt worden, die man früher der Beachtung kaum gewürdigt hat, deren Werth für die Rechts-

entwicklung im allgemeinen und die Geschichte der Reception der fremden Rechte in Deutschland im besonderen aber seitdem voll und ganz anerkannt wird.

Es ist jedoch schon unmittelbar nach dem Erscheinen des Stintzingschen Buches mehrfach mit Recht beklagt¹⁾ worden, dass der Verfasser sich auf den Kreis der Schriften beschränkt habe, welche ihre Verbreitung durch den Druck im 15. oder im Anfang des 16. Jahrhunderts erlangt haben.

Gerade die ältesten populären Schriften sind dadurch der Stintzingschen Untersuchung entzogen worden, dass sie nur handschriftlich überliefert sind, während zahlreiche Werke secundärer und deshalb minder wichtiger Art dort Berücksichtigung fanden, weil sie einer späteren Zeit angehören und daher gedruckt waren.

Damit im Zusammenhange steht der Umstand, dass Stintzing nicht in der Lage gewesen ist, den Zeitpunkt des Aufkommens der populären juristischen Litteratur im allgemeinen näher zu bestimmen.

Für das Gebiet des kanonischen Rechts hat v. Schulte zuerst mit Nachdruck darauf hingewiesen²⁾, dass unmittelbar nach Abfassung des Decretum Gratiani sich allerorten das Bedürfniss nach Schriften geltend gemacht habe, welche leicht zugänglich und ohne Lehrer und gelehrten Apparat verständlich waren. Hierdurch sind jene zahlreichen Introductiones, Summae metricae, Excerpta etc. über das Decret veranlasst worden, deren Sammlung wir der bewundernswerthen Arbeitskraft Schultes verdanken³⁾.

Besonders zahlreich waren aber die populären Werke auf dem Gebiete des Processrechts. Im Decret waren processuale Vorschriften an verschiedenen Stellen zerstreut. Das Bedürfniss nach Zusammenstellung derselben machte sich da-

¹⁾ Vgl. die von v. Schulte in seiner „Geschichte der Quellen und der Litteratur des kanonischen Rechts“ Bd. II, S. 478, Note 5 angeführten Kritiken des St.'schen Buches und v. Schulte selbst a. a. O. —

²⁾ v. Schulte in seinem 3. Beitrag zur Geschichte der Litteratur über das Decret Gratians (Sitzungsberichte der kk. Akademie zu Wien, phil.-hist. Classe Bd. LXV (1870) S. 21 ff.) S. 24. — ³⁾ In der Note 2 angeführten Schrift vgl. auch noch Schultes Litteraturgeschichte Bd. I, S. 218 n. IV; S. 230 ff.

her um so mehr geltend, als die geistliche Gerichtsbarkeit sich im 12. Jahrhundert mächtig entfaltete¹⁾. So entstanden für die grosse Masse des Clerus bestimmte kurze Uebersichten des Processganges und zwar zunächst in Anlehnung an Causa II qu. 1 Decreti²⁾. Die Bezeichnung dieser Schriftgattung als *Ordines iudicarii* wurde gleichfalls dem Dictum Gratiani zu Causa II qu. 1 entnommen³⁾ und sehr bald auch auf die civilistischen Processschriften übertragen⁴⁾.

Unter den auf uns gekommenen *Ordines iudicarii* der ältesten Zeit (Ende des 12. und Anfang des 13. Jahrhunderts) ist bereits bei dreien, der sogen. *Summa Coloniensis*⁵⁾, dem *Ordo iudiciarius Eilberti Bremensis*⁶⁾ und endlich

¹⁾ Vgl. Richter-Dove-Kahl, Kirchenrecht § 207, 8. Aufl., S. 750, v. Schulte, Geschichte Bd. I, 233, sowie Gross in der Vorrede zu dem von ihm herausgegebenen *Ordo iud.*, Innsbruck 1870, S. 10 a. E. — ²⁾ So der von Kunstmann in der Kritischen Ueberschau der deutschen Rechtswissenschaft Bd. II, S. 17 ff. herausgegebene *Ordo iudiciarius*; vgl. auch Gross a. a. O. Einleitung S. 7. — ³⁾ An in manifestis iudiciarius ordo sit requirendus? — ⁴⁾ Die Bezeichnung „*Ordo iudiciarius*“ deutet im 12. Jahrhundert stets auf einen kanonistischen Verfasser. Die ältesten von Legisten verfassten Processschriften führen andere Titel, z. B. Bulgari *Summa de „iudiciis“* (nach der sehr wahrscheinlichen Conjectur Wunderlichs: *Anecdota* p. 13, Note 1); der sogen. *Ulpianus de edendo*, welcher keine Ueberschrift führt, sagt im Eingang: *Ordo iudiciorum est talis*. Als „*Ordo iudiciorum*“ bezeichnet sich auch die Schrift des Legisten Otto Papiensis; vgl. v. Bethmann-Hollweg, Der gemeine Civilprocess Bd. 6, § 123 und im allgemeinen v. Schulte in der Einleitung zu dem *Ordo iudic. Bambergensis III* (Sitzungsberichte der Wiener Akademie phil.-hist. Classe Bd. LXX, S. 285 ff.) S. 286, Separatabdruck S. 4. *Ordo iudiciarius* bezeichnet ursprünglich eine Schrift, in welcher hauptsächlich die *Canones* berücksichtigt sind. Später wurde die Bezeichnung für jede Processschrift gebraucht. — Der Unterschied zwischen civilistischen und kanonistischen Processschriften tritt übrigens noch bei Tancred deutlich hervor. — Vgl. *Prooemium T.* (ed. Bergmann S. 89). — ⁵⁾ Aufgefunden von Schulte im Codex membr. D. II, 17 der Bamberger Bibliothek, publicirt in den Sitzungsberichten der Wiener Akademie Bd. LXIV (1870), S. 93 ff. Separatabdruck, Wien 1870; vgl. insbesondere S. 15. — ⁶⁾ Im Cod. Ius Can. 119 (jetzige Nr. 2221) der Wiener Hofbibliothek enthalten. Erwähnt von Savigny, Geschichte des röm. Rechts Bd. 5, § 61, 2. Ausg., S. 168 und nach ihm ausführlich beschrieben von Siegel in den Sitzungsberichten der Wiener Akad. Bd. LV (1867), S. 531 ff. Separatabdruck Wien 1867.

dem berühmten fälschlich sogen. Ordo iud. Io. Andreae¹⁾ Deutschland als Heimath nachgewiesen worden²⁾.

Zu ihnen gesellt sich nunmehr ein vierter, von mir im Kloster Kremsmünster vorgefundener Ordo iudiciarius vom Jahre 1204. —

Im Interesse der Rechtsgeschichte sei es mir erlaubt, über dieses in der Litteratur bisher nirgends erwähnte Werk an dieser Stelle zu berichten.

Zur Charakteristik desselben mag vorweg bemerkt werden, dass es an Form und Inhalt dem Ordo iudic. Eilberti Bremensis sehr nahe steht, dass es aber den letzteren an Bedeutung weit überragt, weil es in späterer Zeit — und namentlich sowohl bei Abfassung des sogen. Ordo iud. Iohannis Andreae, als auch von italienischen Juristen — vielfach benutzt worden ist.

Zugleich gestattet ein günstiges Geschick, zum ersten Male etwas Genaueres über das Leben eines deutschen populär-juristischen Schriftstellers des 13. Jahrhunderts zu ermitteln und ihm eine ganze Reihe seiner bisher anonym erwähnten Werke wieder zuzuweisen.

II.

Der Codex Nr. 1 der Stiftsbibliothek in Kremsmünster³⁾, ein Miscellenband von 440 Blättern in 4^o min., der seine gegenwärtige Form im Jahre 1491 empfing, wie ein Vermerk auf fol. 440^v ausweist, enthält⁴⁾ ausser einer ganzen Reihe theologischer und humanistischer Schriften auch einige juristische

¹⁾ Vgl. Rockinger, Ueber einen Ordo iudic., bisher dem Io. Andreae zugeschrieben, München 1855. Ausgaben: von Horn, München 1837; Wunderlich, Basel 1840; neueste von Rockinger in den Quellen und Forsch. z. bayr. und dtsch. Geschichte Bd. IX, Abth. 2, S. 985 ff. — Vgl. im allgemeinen Stintzing, Populäre Litteratur S. 205 ff. und unten letzt. Abschn. — ²⁾ Diese Thatsache ist auch besonders hervorgehoben von Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I, S. 13. — ³⁾ Ein 777 von dem Herzog Tassilo von Bayern gegründetes Benediktinerkloster in Oberösterreich. — ⁴⁾ Der Codex ist genau beschrieben in dem von dem Stiftsbibliothekar P. Hugo Schmidt verfassten, aber nur als Manuscript gedruckten Catalogus Codd. Ms. Monasterii Chremifanensis. Tom. I, fasc. 1, Lentii 1877, p. 1—23.

Werke¹⁾, von denen nur zwei auf Pergament geschrieben sind²⁾.

Das eine dieser Werke (von fol. 416 bis 428^v) ist ein versificirter „Ordo iudiciarius“, wie dies, abgesehen vom Inhalt, sich daraus ergibt, dass am Schluss auf fol. 428^v am Rande bemerkt ist „Explicit Ordo iudiciarius“³⁾. — Die andere Schrift (von fol. 429—440) ist die von Schulte in dem Codex Nr. 2221 der Wiener Hofbibliothek vorgefundene⁴⁾ und auch sonst in der Litteratur gelegentlich bereits erwähnte versificirte Summa de matrimonio nach Huguccio.⁵⁾

¹⁾ a) fol. 23—61. Tractatus de confessione audienda Mag. P. Wān (cf. v. Schulte, Litteraturgesch. Bd. II, S. 529); b) fol. 61—85. De eadem Mag. Nicolai de Dinkepühl (Schulte II, S. 399); c) fol. 211—218. Bulla cum declaratione in hereticos, d. s. die Hussiten; d) fol. 317—342. Lib. poenitentialis Io. de Deo (Schulte II, S. 102). Diese sämtlichen Schriften sind im 15. Jahrhundert auf Papier geschrieben. — ²⁾ fol. 428—440. Sie enthalten nach dem Vorlegeblatt Metra supra ius canonicum. Das Pergament ist in zwei Quaternionen und 1 Quinio gelegt. Ein Blatt zwischen fol. 438 und 439 ist herausgeschnitten. Auf ihm war ein Arbor consanguinitatis und Figuren zur Erläuterung des Textes auf fol. 438^v verzeichnet. — ³⁾ Der Verfasser selbst scheint sein Werk „De iudiciis“ genannt zu haben. Die Ueberschrift (in der Handschrift mit rother Tinte geschrieben) lautet: De iudiciis Liber Primus. — ⁴⁾ Dieselbe steht dort unmittelbar nach dem Ordo iud. Eilb. Bremensis, dem wiederum vorangeht der von Gross herausgegebene Ordo iudic. (die sogen. Summa legum). Vgl. überhaupt über den juristisch sehr wichtigen Inhalt dieser Handschrift (der u. a. auch die Summa Quicunque vult des Johannes Bassianus enthält) Tabulae codd. ms. Vindob. Vol. II, p. 35 und in Ergänzung dieses nicht vollständigen Verzeichnisses von Schulte in den Sitzungsberichten der Wiener Akad. phil.-hist. Cl. Bd. LXIII, S. 287, Note 1. — ⁵⁾ Schulte bezeichnet dieselbe „als zu den interessanteren ihrer Art gehörig“. Er führt zugleich die 6 Anfangsverse und einige Stellen zur Kennzeichnung der Methode aus der Summa an, kennt aber weder den Verfasser, noch Zeit und Ort ihrer Entstehung, da in dem Wiener Codex nichts darüber enthalten ist (III. Beitrag zur Geschichte der Litt.; Sitzungsber. der Wiener Akad. Bd. LXV, S. 27 f.). Ausserdem erwähnt sie auch Fabricius in seiner Bibl. med. lat. Vol. I, 75, indem er sich auf Pez beruft, welcher die Summa in einem Kremsmünsterer Codex — unzweifelhaft unser Codex Nr. 1 — gesehen habe. Die Wiener Handschrift der Summa unterscheidet sich von der K.schen hauptsächlich dadurch, dass in jener die Einleitung Gratians zu der betr. Causa vor jeder Rubrik wörtlich angeführt ist.

Beide Werke sind von der Hand desselben Schreibers — und zwar wahrscheinlich vom Verfasser selbst (cf. unten Note 2) — durchaus correct geschrieben. Die Schriftzeichen gehören dem ersten Anfang des 13. Jahrhunderts an. Auf jeder Seite sollen durchschnittlich nach der Lineatur 30 Zeilen stehen, doch finden sich auf einigen Seiten 31 und 32 Zeilen. Auf jeder Zeile steht ein Vers. Der breite Rand ist nachträglich zur Niederschrift von Quellencitaten benutzt, welche auf den ersten Blättern ziemlich zahlreich, von Bl. 421 ab immer spärlicher werden, bis sie Bl. 425^v gänzlich aufhören¹⁾.

Unser Ordo iudiciarius besteht aus 780 Hexametern, welche vom Verfasser in 138 Rubriken eingetheilt sind, wie sich aus den Initialen ergibt.

III.

Der Verfasser des Ordo iudiciarius des Kremsmünster-schen Codex und der Summa de matrimonio ist ein Magister Altmann²⁾. Dies wird für beide Werke dadurch erwiesen, dass die sechs ersten Verse je ein Akrostichon auf den Namen „Altman“ bilden³⁾, eine Spielerei, die sich auch noch bei

¹⁾ Die Schrift der Citate scheint auf den ersten Blick ähnlich der des Textes, nur ist sie kleiner. Der Inhalt der Citate beweist indessen, dass dieselben nachträglich von irgend einem ziemlich unwissenden Leser hinzugefügt sind. — Vgl. über den Inhalt der Citate unten Abschnitt V. — ²⁾ Derselbe ist augenscheinlich auch der Schreiber des Textes, wie die Correctheit desselben erweist und namentlich der Umstand, dass hier allein der Name des Verfassers in der Medulla matrimonii genannt ist (cf. S. 50 oben). — ³⁾ Die ersten Verse des Ordo iudiciarius lauten:

Acturi de iudiciis, quo iudice rite
 Lis contestetur, vel per quos iusta probetur
 Testes causa, reus quo se tueatur et in quem
 Malleus actoris cudet, quo quisque patrono
 Acta serat, quae civilis quae crimine causa
 Noxia praetendat, viciataque causa gravati
 Qua relevetur ope, tenui modulamur avena.

Die sechs ersten Verse der Summa de matronio sind zwar bei Schulte (cf. oben S. 48, Note 5) abgedruckt, aber ohne dass er das Akrostichon bemerkt hat. Sie lauten nach dem Cod. Nr. 1:

Ardua temptantes sub metrica iura medullam
 Legitimi nexus rauca licet usque cicuta
 Taxamus, scriptis nitentes hugutionis

anderen Werken desselben Autors wiederholt¹⁾. Ausserdem kommt der Name Altmann in mehreren Formeln des Ordo iudiciarius vor²⁾. Endlich findet sich am Schluss der Summa de matrimonio in der K.schen Handschrift die von der Hand des Textschreibers herrührende Bemerkung: „Explicit Medulla matrimonii a magistro Altmanno compilata“.

Ueber die Person des Verfassers Altmann lässt sich aus dem Ordo iudiciarius selbst entnehmen, dass derselbe Magister und Presbyter war. Wir dürfen daher glauben, dass er als Kleriker an einer Klosterschule kanonisches Recht lehrte³⁾. Dass er ein Deutscher war, ergibt der Name.

Ein glücklicher Zufall liess mich aber auch den Wohnort desselben näher feststellen.

In *Pez Scriptores Rerum Austriacarum*⁴⁾ findet sich eine *Vita Sancti Floriani Martyris* aus einer Handschrift des

Materiamque damus si forte quis inclitus ista
Altisono pompare stilo velit et pede digno
Nam labor iste rudes, cum sit rudis, imbuat aures.

¹⁾ S. unten S. 52, Text bei Note 4. — ²⁾ So in dem Libell-formular fol. 421, Zeile 7, Vers 306—321, welches wir hierher setzen, da dasselbe zugleich für die Bestimmung der Entstehungszeit des Ordo iudiciarius wichtig ist:

306 Talis erit vero concepti forma libelli:
Premissis annis domini, die, nomine iuncto
In cathedra Petri sancto papa residente
Cuius papatus currit iam septimus annus
310 Regna vel imperium iam rege tenente Philippo
Illius hoc anno regni, sub consule tali.
His sub praesulibus, hoc tempore pontificatus
Ipsorum talique die seu mense sub illo
Presbiter Altmannus ego pulso reum symoniae
315 Gwidonem, quia pro tali ordine Petro
Viginti solidos vel ad ecclesiam titulandus
Mense die certoque loco culpaque sodali
Crimen ubi quando, per quem, cum quoque sit actum
Non intermissis annis domini replicabis
320 Et papae regisque simul vel praesulis et mox
Subscribes temet tale deferre professum.

Ferner kommt auch noch in Vers 722 (fol. 428, Zeile 2) der Name Altmannus vor. — ³⁾ Vgl. Schulte, *Litteraturgesch.* Bd. I, S. 214, und jetzt vorzüglich: Fitting, *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna*, 1888, S. 16 ff., 21 ff. — ⁴⁾ Tom I (Lips. 1721. fol.) Col. 52. 53.

Klosters St. Florian¹⁾ in Oberösterreich abgedruckt. Der Prolog dieses Werkes enthält ebenfalls ein Akrostichon auf den Namen „Altman“, und damit war, da der Gegenstand des Gedichts, die Vita S. Floriani, nur für einen St. Florianer-Mönch Interesse haben konnte, das Kloster St. Florian als der Wohnort des Magister Altmann gegeben. Derselbe war sonach regulirter Chorherr des heiligen Augustin²⁾. — In dem Archiv von St. Florian finden sich über ihn keine urkundlichen Nachrichten³⁾; indessen sind wir in der Lage, die Abfassungszeit des Ordo iudiciarius und damit auch die Lebenszeit des Magister Altmann genauer bestimmen zu können.

In den bereits oben mitgetheilten Versen⁴⁾ über die Form des Klagelibells wird erwähnt, dass der Papst (dessen Name im übrigen nicht genannt ist) im 7. Jahre⁵⁾ regiere und dass

¹⁾ Dasselbe wurde von dem Bischof Altmann von Passau († 1091) im Jahre 1071 den regulirten Chorherren vom h. Augustin nach Entfernung der weltlichen Kleriker übergeben; vgl. Czerny, Handschriftenkatalog von St. Florian S. 1. — Die Vita des heilig gesprochenen Bischofs Altmann von Passau findet sich abgedruckt in den Monumenta Germ. Script. Bd. XII, p. 230 sq. Beiläufig möchte ich hervorheben, dass der Name Altmann, wenigstens in späterer Zeit, in Oesterreich und zwar speciell in St. Florian als Vorname vorkommt. Dies ergiebt eine Notiz in dem Codex 354 von St. Florian (Czerny S. 145) Bl. 130^v. Explicunt sermones . . per manus Altmanni Angri Canonici in herczogn. Bl. 209^v: Hy sermones continentur in libello scripti per me Altmanum Angrer in Newburga anno domini 1423 aetatis vero mee anno 60“. Der Grund für diese culturhistorisch nicht uninteressante Thatsache liegt augenscheinlich darin, dass, wie sämmtliche Heiligennamen als Vornamen gebraucht wurden, dasselbe auch nach der Heiligsprechung des Bischofs Altmann mit dessen Namen der Fall war. — ²⁾ Dafür, dass der Kremsmünstersche Codex aus St. Florian stammt, sind allerdings äussere Anhaltspunkte nicht gegeben. Allein es ist immerhin schon desshalb nicht unwahrscheinlich, weil St. Florian und Kremsmünster nur wenige Meilen von einander entfernt sind. — ³⁾ Wie mir der Bibliothekar von St. Florian, P. Albin Czerny, mitzuthellen die Güte hatte. — ⁴⁾ cf. S. 50, Note 2. — ⁵⁾ Dies passt nur auf Papst Innocenz III., welcher vom 8. Januar 1198 bis 16. Juli 1216 auf dem päpstlichen Throne sass. Das siebente Regierungsjahr würde also vom 8. Januar 1204 bis 8. Januar 1205 laufen. — P. Schmidt in dem S. 47, Note 4 erwähnten Katalog nimmt an, der Ordo iudic. sei „1203 oder 1204“ verfasst, was sicher unrichtig ist.

der König Philipp¹⁾ herrsche. Hieraus in Verbindung mit dem allgemein üblichen Gebrauch, in solchen Formularen auf Verhältnisse zur Zeit der Abfassung des Werkes anzudeuten, ergibt sich mit Sicherheit, dass der *Ordo iudiciarius* zwischen dem 8. Januar 1204 und dem 8. Januar 1205 verfasst²⁾ ist. Nicht viel später mag die *Summa de matrimonio* verfasst sein, zumal dieselbe in der Kremsmünsterer Handschrift als *Liber secundus* bezeichnet wird³⁾.

Zur Zeit der Abfassung aller dieser bisher erwähnten Werke (deren auf uns gekommene Handschriften durchaus den Charakter der Schriftzüge des Anfanges des 13. Jahrhunderts tragen) kann Magister Altmann noch nicht in vorgerücktem Lebensalter gestanden haben.

Wir besitzen nämlich von ihm noch ein umfangreiches Werk über die Decretalen Gregors IX., dessen Titel: „*Isagogae*“ oder „*Flores iuris*“⁴⁾ gewesen zu sein scheint. Dasselbe ist in zwei Handschriften erhalten, dem Codex der Stiftsbibl. von Florian Nr. 720⁵⁾ und dem Codex der Wiener Hofbibliothek Nr. 2228 (*Ius can.* Nr. 125)⁶⁾. Auch hier ist das Kenn-

¹⁾ Gemeint ist König Philipp (von Schwaben), welcher von 1198 bis 1208 regierte und im Jahre 1208 von dem Pfalzgrafen Otto von Wittelsbach in Bamberg ermordet wurde. Daraus, dass der guelfische Gegenkönig Otto IV. (von Braunschweig) 1198—1215 gar nicht erwähnt ist, ergibt sich mit Bestimmtheit, dass unser Magister Altmann trotz seines geistlichen Standes zur ghibellinischen Partei gehörte. Hieraus wird auch klar, warum er den Namen des Papstes nicht nennt. Innocenz III. stand bekanntlich durchaus auf Seiten Ottos von Braunschweig. — ²⁾ Da es in Vers 309 (cf. S. 50, Note 2) heisst: *cuius papatus „currit“ nunc septimus annus*, so kann man annehmen, dass die Abfassung im Jahre 1204 geschehen ist. Demgemäss habe ich das Entstehungsjahr auch in der Ueberschrift angegeben. — ³⁾ Der *Ordo iudic.* ist als *Liber Primus* bezeichnet. — ⁴⁾ Der Anfang desselben lautet:

(Rubrica) *Quis liber iste rogas? Hic iuris habes ysagogas*

Adgrediar flores iuris compingere cursu.

Ludens versifico quamvis insufficienti etc.

⁵⁾ Das Werk ist zuerst erwähnt in Hormayrs Archiv 1830, Decemberheft, wie Czerny, Handschriftenkatalog von St. Florian, angiebt, der seinerseits S. 234 die Handschrift Nr. 720 und die *Flores iuris* beschreibt, ohne jedoch den Namen des Verfassers Altmann dort zu nennen. Die St. Florianer Handschrift ist übrigens unvollständig. — ⁶⁾ Bl. 5^a—81^b. Die Handschrift stammt aus dem 13. Jahrhundert und ist, wie mir

zeichen der Abfassung durch Magister Altmann das Akrostichon im Prolog auf diesen Namen (cf. S. 52, Note 4).

Da die Decretalen Gregors IX. erst am 5. September 1234 publicirt worden sind und immerhin einige Jahre vergangen sein mussten, ehe Altmann zur Abfassung eines metrischen Compendiums über das neue Gesetzbuch schreiten konnte, so werden wir kaum fehlgehen, wenn wir annehmen, dass die *Flores iuris* nicht vor 1240 verfasst sind. Viel später kann ihre Abfassung nicht fallen. Denn wenn wir annehmen, dass Magister Altmann zur Zeit der Niederschrift des Ordo iudiciarius (1204) etwa 30 Jahre alt gewesen, so würde er nach 1240 in einem Alter von mehr als 70 Jahren wohl kaum noch ein so umfassendes Werk wie die *flores iuris*, welche in der Wiener Handschrift 77 grosse Octavblätter einnehmen, haben verfassen können¹⁾.

Die Wiener Handschrift, welche das vom Verfasser herührende Original der „*Flores iuris*“ enthalten dürfte, besteht, wie es scheint²⁾, ausschliesslich aus Werken des Magister Altmann. Hervorzuheben ist ausser mehreren kleineren Ge-

P. Czerny mittheilt, von St. Florian nach Wien gekommen. Gesehen habe ich die Handschrift selbst nicht, weil ich erst nachträglich durch Herrn Czerny auf dieselbe aufmerksam gemacht worden bin, und weil ich ausserdem den Inhalt für nicht wichtig genug hielt, um die Kaiserl. Deutsche Botschaft und den Vorstand der Hofbibliothek wegen Uebersendung derselben hierher anzugehen. Ich habe daher auch nicht feststellen können, ob die *Flores iuris* etwa in dem Werke „*Flores legum*“ (cf. Stintzing, *Populäre Litteratur* S. 120 f.) benutzt sind, oder ob letzteres mit dem bei Schulte, *Rechtshandschriften der Stiftsbibliotheken zu Göttingen* etc., Wiener Sitzungsberichte Bd. LVII, S. 595 ff., beschriebenen Werke in Zusammenhang steht. Stintzing nimmt an, dass die *Flores legum* in Italien entstanden sein, was ich jedoch kaum glaube. Meiner Ansicht nach sind dieselben in Deutschland verfasst.

²⁾ Der Inhalt derselben besteht nach dem Wiener Katalog (Tab. codd. ms. Vindob. Vol. II, p. 38) aus folgenden Werken (fol. 1^a vacat): 1. fol. 1^b — 3^a: Versus in celebrationem missae; fol. 3^a — 4^a: Excerpta biblica nullius momenti (4^b vacat). 2. fol. 5^a — 81^b: Decretalium Gregorii IX epitome metrica (d. h. die *Flores iuris* magistri Altmanni). 3. fol. 82^a — 85^b: Carmen de aedificatione et dedicatione. Incipit: 'Ad sacramenta metrice divina canenda'. 4. fol. 89^a — 114^b: Paraphrasis metrica Cantici canticorum. Incipit: Ardua praesumens imitari gestio Petrum etc. Die sechs ersten Verse enthalten ebenfalls ein Akrostichon auf den Namen „Altman“, wie mir Herr Czerny mittheilt.

dichten (Versus in celebrationem missae [Bl. 1^b — 3^a] und einem carmen de aedificatione et dedicatione templorum [Bl. 82^a — 85^b]) noch eine metrische Paraphrase des Hohen Liedes (Paraphrasis metrica Cantici Canticorum), welche auch in einer zweiten Handschrift erhalten ist¹⁾.

Unserem Magister Altmann sind endlich die in dem Cod. 2221 der Wiener Bibliothek²⁾ sich an die Summa de matrimonio anschliessenden Versus decretales³⁾, eine versificirte Inhaltsangabe des Decrets, zuzuschreiben, von welcher schon Schulte vermuthet hat⁴⁾, dass sie „nach der Art ihrer Bearbeitung denselben Verfasser wie die Summa de matrimonio haben müsse“. Diese Vermuthung wird zur Gewissheit durch die wörtliche Uebereinstimmung einzelner Versus decretales mit solchen aus dem Ordo iudiciarius⁵⁾.

Für die Abfassungszeit aller dieser letzterwähnten Schriften des Magister Altmann lässt sich mit Bestimmtheit ein Anhalt nicht gewinnen. Wir dürfen indessen dieselben wohl sämmtlich in die Zeit von 1200 — 1240, jedenfalls aber in die erste Hälfte des 13. Jahrhunderts verlegen⁶⁾.

IV.

Nachdem wir dergestalt einen Ueberblick über die umfassende schriftstellerische Thätigkeit des Magister Altmann gewonnen haben⁷⁾, wenden wir uns nunmehr speciell dem

¹⁾ Dieselbe befindet sich ebenfalls in St. Florian. — ²⁾ cf. oben S. 48, Note 4 u. 5. Die Versus d. stehen das. Bl. 55^v — 60^v. — ³⁾ Der Anfang: Gratia virtutes etc. ist bei Schulte im III. Beitrag (Wiener Sitzungsber. Bd. LXV) S. 29 abgedruckt. — ⁴⁾ A. a. O. S. 29. Separatabdruck S. 9. — ⁵⁾ Z. B. stimmen überein Versus decr. fol. 56, V. 17. 18 mit Ordo iud. Altmanni 643. 644 (Cod. Chr. Nr. 1, Bl. 426^v, Vers 14. 15). — ⁶⁾ P. Czerny nimmt, wie er mir mitgetheilt hat, zwei Mag. Altmann an, von denen der eine Ende des 12. Jahrhunderts, der andere in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts gelebt habe. Diese Annahme dürfte, wie ich meine, durch die Ausführungen im Text widerlegt sein. Auch P. Czerny giebt übrigens die Möglichkeit zu, dass sämmtliche Schriften des Mag. Altmann von einer Person dieses Namens herrühren. — ⁷⁾ Es ist durchaus nicht ausgeschlossen, dass sich noch andere juristisch-populäre Schriften als vom Mag. Altmann verfasst herausstellen. Insbesondere deuten die auf S. 61, Note 3 aufgeführten, am Schluss des Ordo iudic. stehenden sechs Verse über das Mandat darauf hin, dass Mag. Altmann sich auch mit civilrechtlichen Studien beschäftigt hat.

Ordo iudiciarius desselben zu, um dessen Inhalt (IV), den Inhalt der Citate (V), Quellen (VI) und spätere Benutzung durch andere Schriftsteller (VII) genauer zu untersuchen.

Der Ordo iudiciarius behandelt lediglich den Process vor den geistlichen Gerichten, und zwar sowohl in Straf- als in Civilsachen.

Nach einer Einleitung, welche eine Disposition des Ganzen enthält (V. 1—8) und deren Wortlaut bereits mitgetheilt ist (cf. S. 49, Note 3), giebt der Verfasser in den Versen 7—19 eine kurze Uebersicht über die Processpersonen¹⁾, den Processgang und die dabei innezuhaltende Reihenfolge der Processhandlungen. Als Ausnahme wird sodann constatirt, dass der Ordo iudiciarius, d. h. also der ordentliche Processgang, nicht innezuhalten sei bei offenbaren Verbrechen (Vers 23—32), wobei im Vorbeigehen eine Streitfrage bezüglich des Begriffes der Crimina manifesta erledigt wird²⁾. Von Vers 30 beginnt der eigentliche Haupt-

-
- ¹⁾ V. 8. Iudicialis enim sic est formanda figura,
 9. Ut iudex actor testis reus atque patroni
 10. Ordine quisque suo dicant dicenda probentque.

²⁾ Vers 23—30:

Sed non servandus est iudiciarius ordo
 Crimina cum fuerint notoria seu manifesta
 Cum reus in iure se deliquisse fatetur,
 Aut cum culpa patens sic attestatur eundem
 Ut si forte velit, tamen haut queat inficiari.
 At quidam manifesta putant, quae cognita multis
 Etsi iudicio non sint agitata; sed illi
 Errant;

Die hier berührte Streitfrage über den Begriff des „Manifestum crimen“ findet sich auch in der Rhetorica ecclesiastica (Bl. 103 des Cod. Monac. 4555 — Benedictobur. 55): Relinquitur ergo quod illa tantum a iudice sint diffinienda quae tam iudici quam aliis sint manifesta nec omnia illa, sed illorum tantum ea, quae vel propria confessione vel testium approbatione fuerint nota. Unde beatus Augustinus: „Restituendus est, qui nec convictus nec confessus constat esse deiectus.“ Cui contrarium videtur illud Ambrossii: „Quae manifesta sunt accusatione non indigent.“ Unde et in glosa quadam super genesin: „Evidentia patrati sceleris non indiget clamore accusatoris.“ Item quod scribit Leo papa ad Carolum imperatorem dicens: „Quae nepos tuus commissit, accusatione non indigent, manifesta enim opera sunt eius . . .“ Videntur inquam haec capitula ei quod predictum, esse contraria, sed nul-

theil des Ordo iudiciarius. Es werden nacheinander die Processpersonen, der Richter, die Parteien und deren Vertreter, sowie die Zeugen besprochen und schliesslich das Rechtssystem erörtert.

Im ganzen zerfällt also der Ordo iudiciarius in fünf Abschnitte.

1. Der Abschnitt vom Richter (Vers 31—143) handelt
 - A) über die Arten der Richter und zwar
 - a) von den ordentlichen Richtern, den örtlichen und sachlichen Grenzen ihrer Gerichtsbarkeit und ihrer Strafgewalt (Vers 31—50);
 - b) von den Vicarien (Vers 51—53), sowie sehr ausführlich den delegirten Richtern (Vers 54—114);
 - c) vom Schiedsrichter (Vers 114—119)¹⁾.
 - B) über die Fähigkeit zum Richteramt (Vers 120—122)²⁾.
 - C) über die Gerichtsbarkeit
 - a) des Papstes (Vers 123—132);

latenus sunt, si de his, de quibus dicta sunt intellegantur; de his videlicet; quae non sunt sub negatione sed publica omnibus constat opinione Augustinus enim cum dicit: „Restituendus est etc.“ de illis tantum intendit, qui crimen suum negant nec manifesta opinione publicant etsi manifestum sit aliis. Illa ergo iudicanda sunt nec alia qualis manifesta prodat opinio vel propria confessio vel testium approbatio. — Ich citire die Rhetorica nach der mir von Herrn Geh. Rath v. Rockinger gütigst geliehenen Abschrift des Münchener Codex, welche Hofrath v. Schlichtegroll angefertigt hat; vgl. Siegel, Ordo iudic. Eilb. Brem. a. a. O. S. 541, Note 2. Dass Magister Altmann die Rhetorica eccles. gekannt hat, erscheint mir nicht wahrscheinlich. Er wird wohl hier eine andere Quelle (vielleicht Sicardus) benutzt haben.

¹⁾ Iudicis officium quoque suscipit arbiter in quem
 Sic compromittunt partes, quo stetur eidem
 Ac observetur sententia lata per illum.
 Nil tamen hic iudex recipit iuris, nisi quantum
 Compromissores in eum transfundere possunt,
 Ni fors arbitrio sit delegatio iuncta.

²⁾ Iudex esse nequit anathemate quisque notatus
 Nec tenet eiusdem sententia, donec ab ipso
 Vinclo solvatur, si quid statuit revocatur.

Diese Kürze, bei welcher die sonstigen Unfähigkeitsgründe ganz übergangen werden, erklärt sich aus dem Zweck des Ordo iudiciarius, als einer Anleitung zur Handhabung der Gerichtsbarkeit in den geistlichen Gerichten.

- b) des Erzbischofs (Vers 133—136)¹⁾;
 - c) bezüglich der sonstigen Kleriker (Vers 137—143)²⁾, wobei einige höchst interessante gewohnheitsrechtliche Abweichungen vom gemeinen Recht erwähnt werden³⁾.
2. Der zweite Haupttheil: „Von den Parteien“ (Vers 144—495) handelt
- a) von der Unfähigkeit zum Anklagen und Klagen überhaupt (Vers 144—190) und im Anschluss hieran von den Infames personae (Vers 191—229);
 - b) von der Anklage selbst, wobei
 - α) zunächst die Pflicht erörtert wird, die Anklage in solchen Fällen zu unterlassen, wo das Delict nur dem Ankläger allein bekannt ist (Vers 230—239), ferner
 - β) von dem Verhalten gegenüber böswilligen und rachsüchtigen Anklägern (Vers 240—264), von der Prävarication (Vers 264—268), von der Zulässigkeit eines Vergleichs in Strafsachen (Vers 269—274),
 - γ) von den Strafen falscher Ankläger (Vers 275—285),

¹⁾ Verum pontificis scelus archiepiscopus eius
Discutit adiuncto sibimet numero duodeno
Pontificum, sed servatur sententia Petro.

(Cf. unten Note 3). —

²⁾ V. 137: Presul presbyterum non deponit, nisi iunctis
Sex sibi presulibus et levitam tribus, idem
Lectorem solus condemnat et inferiores.

V. 140: Ius scriptum loquimur, tueatur Gallia morem
Sanguinis examen, nec ad ecclesiastica spectat
Iura nec exercet illud iudex animarum
Nec clerum sisti ius est in causa forensi.

³⁾ Der Inhalt der Verse 137—143 findet sich wörtlich bei Sicardus von Cremona, Summa (ad Decretum) zu C. XV, q. 7 (abgedruckt bei Schulte, I. Beitrag zur Geschichte der Litteratur über das Decret, Sitzungsber. d. Wiener Akademie phil.-hist. Cl. Bd. LXIII, S. 348. Separatabdruck Wien 1870, S. 52). Die bez. Stelle lautet: „Quaeritur, si episcopus valeat sacerdotem deponere sine synodali audientia. Videtur quod non ex omnibus c. huius q. et nonnullis aliis scripti iuris articulis. Econtra facit Gallicana ecclesia. Resp. episcopi a XII episcopis audiantur, sed Petro depositio reservatur, presbyteri a septem, diaconi a tribus. Reliqui a suis sub praesentia tamen canonicorum deponantur episcopis. Ius scriptum loquimur suam consuetudinem Gallia tueatur“ (cf. unten Abschn. VI).

- δ) von den Fällen, wo eine Anklage nicht möglich ist (wie seitens eines Abwesenden), Vers 286—289, und wo sie nicht nothwendig ist (Vers 290—298),
- ε) von der Form der schriftlichen Anklage (Vers 299—326) — das Anklagelibell selbst ist oben S. 50, Note 2 mitgetheilt —;
- c) vom Reus.:
 - α) die Citation desselben (Vers 327—329)¹⁾,
 - β) die Strafen des Contumax in Strafsachen (Vers 330—344) und in Civilsachen (Vers 345—358)²⁾, wobei auch die Restitution (Vers 353—358) behandelt wird,
 - γ) Aufzählung derjenigen, welche nicht angeklagt oder beklagt werden können (Vers 359—364), worauf im Anschluss an die Erwähnung des Mortuus als sechs Ausnahmen die Fälle genannt werden, in welchen eine Fortführung des Verfahrens auch nach dem Tode des Reus eintritt.
- d) Von der doppelten Anklage (Vers 371—375) und hieran anschliessend Erörterung der Frage, ob und wie weit ein Civil- bzw. Strafurtheil einem anderen Civil- oder Strafurtheil präjudicire²⁾ (Vers 376—391).
- e) Von den Einreden im allgemeinen (Vers 392—406) und von der exceptio spoli im besonderen (Vers 407—464).
- f) Die dem Beklagten zu gewährenden Citations- sowie die sonstigen im Laufe des Processes vorkommenden

¹⁾ Ast ad vindictam parati criminis ille
Tunc reus edictis trinis unore citetur,
Attamen hoc unum spacium fit cum tribus equi.

Die Fristen werden unten Vers 465 ff. ausführlich behandelt. —

²⁾ Civica civili modo lis praeiudicat, ut si
Forte coheredem mihi te facis et petis a me
Quae sunt heredis, sed te mihi vendico servum.
Quaestio namque status per ius tunc discutienda.
Et modo civilis praeferatur quaestio liti
Crimina quae recitat, ut si de crimine pergas
Me deferre, sed hinc te libertum mihi dicam.
Hec quoque civili praeponderat, ut pote si quis
Ex testamento sibimet legata requirat
Alter at excipiens sua falsa chirographa dicat,
Tunc cognoscetur primum de crimine falsi.

Fristen (Vers 465—495), wobei die theilweise Ausserkraftsetzung des c. 2 C. V qu. 2. Decr. durch Gewohnheitsrecht erwähnt wird¹⁾, eine Thatsache, die um so interessanter ist, als man sich bisher die aus dem Ordo iudic. Eilberti Bremensis bekannte Verlängerung der dritten Citationsfrist auf 7 Tage gegenüber der 2 tägigen Frist des can. 2 nicht zu erklären wusste²⁾.

3. Im dritten Haupttheil giebt Mag. Altmann einen Abriss der Lehre von den Processvertretern (Vers 496—539). Hierbei werden erörtert:

- a) die Unfähigkeitsgründe, wobei absolute und relative unterschieden werden (Vers 497—517);
- b) ob ein Advocat Honorar beanspruchen könne. — Diese Frage wird bejaht (Vers 517—519);
- c) in welchen Fällen Geistliche und Mönche vor Gericht auftreten können (Vers 520—539)³⁾.

4. Es folgt die Lehre von den Zeugen und in Verbindung damit die gesamte Beweistheorie (Vers 540—667).

Im einzelnen wird erörtert:

- a) Wieviel Zeugen sind nothwendig? (Vers 540—545);
- b) Unfähigkeitsgründe (Vers 546—550);
- c) Form des Zeugeneides (Vers 551—554), Fälle, in denen der Zeugeneid nachträglich geleistet wird (Vers 556 bis 561);
- d) nothwendiges Alter der Zeugen (in Civilsachen 14, in Strafsachen 24 Jahre) (Vers 562—570);

¹⁾ Vers 471—479:

Quolibet edicto laici quoque sive minores
Ex clero poterunt septem gaudere diebus
Indultis, iterumque canon iubet addere septem
Sup pena mox deinde duos bis protinus unum
Est tamen ille canon a consuetudine victus.
Nam vulgatus ita generaliter obtinet usus
Quod volet obiectum bis septem quodque dierum
Primo decurso sine poena; poena secundo
Competit edicto gravis atque gravissima summo. —

²⁾ Cf. Siegel, Ordo iudiciarius Eilberti Bremensis a. a. O. S. 551, Note 3 und unten Abschn. VI. — ³⁾ V. 520—523:

Pontificem causas raro recitare decebit
Cum miserabilium lis est aut ecclesiarum
Vel sua; qui semper aliena negotio vitet
Ni torquendorum poenam roget alleviari.

- e) worauf die Zeugenvernehmung zu richten ist (V. 572 bis 577)¹⁾;
- f) die nothwendigen Eigenschaften der Zeugen (V. 578 bis 581)²⁾;
- g) die Beweiskraft der Zeugenaussagen von Sklaven (Vers 582—584), Unzulässigkeit des Zeugnisses von gewissen Personen in gewissen Angelegenheiten (Verwandte, Patron) (Vers 585 — 602), Unterschied von Civil- und Strafsachen dabei (Vers 603—605);
- h) Ort der Zeugenvernehmung (in Civilsachen event. ausserhalb des Gerichts, in Strafsachen stets an Gerichtsstelle) (Vers 606—611);
- i) Strafen des Meineids (Vers 612—617); im Anschluss hieran wird
- k) der Reinigungseid, insbesondere der der Geistlichen³⁾,

¹⁾ V. 572. 573:

Tempus persona res gesta locusque gradusque
Concordi voto sunt testibus inspicienda.

²⁾ V. 578. 579:

Conditio sexus etas discretio fama
Et fortuna, fides, in testibus ista requires.

³⁾ Hierbei kommen folgende (theilweise in die Glossa ordin. zu den Decretalen übergegangene) Verse vor (Vers 624—651) — cf. auch unten letzter Abschnitt:

Pontificem parium manus expurget duodena
Septima presbyterum, levitam tertia, poena
626 Maior maiori, minor est statuenda minori.
Iudicis arbitrio committitur, ut moderetur
Compurgatorum numerum, quo presbiter eius
Famam purificet, infamia maxima septem
630 Poscit quinque minor res exiguissima; quod si
De clero nullum purgandus possit habere,
Compurgatores laicos asciscet honestos.
.....
638 Porro manu simpla lector se purget et infra
Credo sacerdotem partes qui nuper ad illas
640 Venit, posse manu se simpla purificare,
Cum sua finitimis non sit bene vita probata.
Attamen in placito consistunt iudicis ista
Quem plebs infamat purgabitur in manifesto
Quem chorus ante chorum sua sit purgatio presto.
Per iuramentum fieri iuratio debet

ausführlich behandelt (Vers 616—658 und 665—667) und historisch hinzugefügt, dass die *purgatio vulgaris* nicht mehr zulässig sei (Vers 659—664)¹⁾.

5. Der letzte Abschnitt des Ordo iudiciarius endlich behandelt das Rechtsmittelsystem (Vers 668—774) und zwar

- a) Zulässigkeit und Begriff der Appellation (Vers 668 bis 682);
- b) Fristen zur Einlegung und Rechtfertigung der Appellation und Eintritt der Rechtskraft (Vers 683—699);
- c) Nochmalige Verhandlung des Rechtsstreits in der Appellationsinstanz (Vers 699—704);
- d) Delegationsbefugniss des Appellationsrichters und Ablehnungsrecht der Parteien bezüglich eines *iudex suspectus* (Vers 705—715), Verfahren dabei (Vers 716—719), Form der Ablehnung eines *iudex suspectus* (Vers 720—723)²⁾;
- e) Unzulässigkeit der Appellation (Vers 726—774).

Im Codex Chremif. Nr. 1 folgen sodann noch unmittelbar im Anschluss an V. 774 sechs weitere Verse über die Aufhebung des Mandats, die aus einem civilrechtlichen Werke des Mag. Altmann zu stammen scheinen³⁾. —

Purgandus iurat, quod non fecit neque iussit
 645 Consiliumque dedit, sed nec favor affuit eius
 Ut fierent illa, per quae sua fama vacillat.
 Compurgatores iurant, se credere verum
 Illum iurasse, se credere pondus habere
 Debet, in hec enim fieri periuria possunt

¹⁾ V. 659—664:

Vulgaris non est purgatio suscipienda
 Ut ferri caudentis, aquae ferventis itemque
 Vomeris igniti crudae quoque monomachiae
 Ac frigentis aquae, sed et illis proxima quaeque
 Nullus ad hec cogendus erit, quia sunt inimica
 Humani generis, eadem fabricante reperta.

²⁾ Die Recusationsformel lautet (V. 721—723):

Cum sub suspecto contendere iudice tutum
 Non sit, ego Altmannus te comperiens mihi iuste
 Suspectum, sub te nunc iudice stare recuso.

³⁾ V. 775: Hec sunt quae prohibent mandatum perpetuari
 Terminus expirans, aliis commissio facta

V. 777: Mors mandatoris, interpellatio facta

V.

Im allgemeinen ist der *Ordo iudiciarius Altmanni* lediglich auf Grund des *Decrets* und der *Compilatio prima* bearbeitet ¹⁾. Dies sollen dem Leser die am Rande zu einzelnen Versen hinzugefügten Citate erweisen. Dieselben scheinen, wie bereits oben erwähnt wurde, der Schrift nach von dem Schreiber des Textes, also nach dem vorigen von Mag. Altmann selbst herzurühren (cf. S. 49, Note 1).

Indessen muss hieran der Inhalt dieser Citate die grössten Zweifel erregen. Dieselben zeugen nämlich von grenzenloser Ungenauigkeit und verrathen zugleich eine ziemliche Unkenntniss der Eintheilung des *Decrets*.

So ist namentlich durchweg statt *Causa*: *Cap.* = *Capitulum* geschrieben; ferner ist an einer Stelle der erste Theil des *Decrets* mit dem zweiten verwechselt (in dem Citat zu V. 110 auf fol. 417^v: „*Cap. LXIII si forte quid*“, womit gemeint ist: c. 36 fin. *D. LXIII*). Weiter sind eine ganze Reihe von Citaten aus dem *Decret* unrichtig, die citirten *Canones* sind überhaupt nicht zu finden. Das Gleiche gilt bezüglich der häufig citirten *Compilatio prima*.

Um die Art und Weise der Citate zu kennzeichnen und zugleich einige Belegstellen für die erwähnten Ungenauigkeiten und Fehler anzuführen, so sei Folgendes hervorgehoben:

1. Neben V. 2 ist am Rande bemerkt: „*Cap. XI Qo. 1 de persona*“. Damit ist gemeint c. 38 *Causa XI qu. 1. Decr.*

2. Neben V. 3 steht: „*In ex^a de iud. ord.*“ und neben V. 46: „*In ex^a de iud. ord. Cum ecclesiarum*“. Ein Titel: *de iud. ord.* findet sich in keiner der *Compilationen*. Passen könnte nur der Titel: *De officio et potestate praelati et iudicis ordinarii* ²⁾.

V. 778: *Si certo fine sententia consolidatur*

Si persona detur, ut iudicet et moriatur

V. 780: *Aut quod mandatum per eundem mox revocatur.*

¹⁾ Der vollständige Abdruck desselben erschien desshalb entbehrlich. — ²⁾ T. 23 der *Compilatio prima*. Dass nur diese, nicht eine der vorbereitenden Sammlungen gemeint ist, ergibt sich aus dem Citat zu V. 50, 51: „*In ex^a Mandata cet.*“. Dieses passt nur auf c. 1 *Compil. I. 1, 20* bzw. c. 7 daselbst (Jaffé No. 796), während der Canon in keiner der vorbereitenden Sammlungen steht (vgl. Friedberg, *Compil. V antiquae*,

Zu dem ersten Citat fehlt der Canon gänzlich und man könnte höchstens, da das Citat bei der Einleitung steht, annehmen, dass der Autor beabsichtigt hat, auf den ganzen Titel der Compil. I hinzuweisen. Das Citat zu V. 46 hat augenscheinlich den c. 3, Compil. I 1, 23 im Auge, welcher nach der Friedberg'schen Ausgabe anfängt: Cum ab ecclesiarum. —

3. Neben V. 4 ist bemerkt „Cap. IIII Qo. III fere per totum“. Ein Canon dieses Anfangs findet sich überhaupt nicht; da sich jedoch zu V. 141/2 wiederum ein Citat findet: „Qo. VIIII Fere per totum“, obgleich auch hier kein solcher Canon existirt, so muss man annehmen, dass der Verfasser der Citate mit dem „Fere per totum“ nicht die Anfangsworte eines Canons bezeichnen wollte, sondern nur meinte, dass sich „beinahe die ganze Quaestio“ als Belegstelle des Textes verwenden lasse. Sachlich trifft dies übrigens in beiden citirten Fällen zu.

4. Schreibfehler und sonstige Unrichtigkeiten, welche das Auffinden mehrerer citirter Stellen zur Unmöglichkeit machen, sind im Gegensatz zu der Correctheit des Textes zahlreich vorhanden, so z. B. zu V. 36: „Cap. VIII, Qo. I de persona“ soll heissen C. XI qu. 1 de persona = c. 38 C. XI qu. I; zu V. 37: „VI. Qo. II vitis“ lautet richtig C. XVI, qu. 2 c. Visis (c. 1 a. a. O.); zu V. 45: „Cap. XXXIII Qo. V Xpiana“ muss heissen C. XXXII qu. 5 c. Christiana (c. 23); zu V. 162/3: „Cap. II, Qo. III, Praevaricatores“, einen Canon dieses Anfangs giebt es nicht, es ist entweder Causa II qu. 3 Dict. Gratiani § 2 oder § 6 eod. gemeint; zu V. 182 ff. „Cap. II Qo. I: Verum accusatio“. Dieser Canon ist a. a. O. nicht zu finden.

Leipzig 1882, zu den erwähnten Canones). Dasselbe gilt von dem Citat zu V. 184/5: „In ex De iudicio Intelleximus“ = c. 9 Comp. I, 1, 21 (tit.: de iudiciis. — Alex. III Pad. ep. Ia. 9115 = c. 7, X 2, 1), der sich ebenfalls in keiner der vorbereitenden Sammlungen findet. — Die Titel der Compilatio I sind übrigens durchweg unvollständig citirt, so z. B. zu V. 205/6: „In ex De apostatis. Preterea clerici“ = c. 2 Comp. I 5, 8. Der Titel lautet dort: De apostatis et reiterantibus baptisma. Zu V. 140: „In ex titulo. Ne clerici immisceant“ = Comp. I, 1, 37. Einmal fehlt hier der Canon und ferner lautet der citirte Titel richtig: Ne clerici vel monachi saecularibus negotiis se immisceant. Das letztere Citat soll sich übrigens wahrscheinlich auf c. 6, Comp. I, 1, 37 beziehen.

Diese Beispiele liessen sich noch mannigfach vermehren.

5. Endlich fällt an verschiedenen Stellen eine eigenthümliche Citirmethode auf, welche von der üblichen und auch von dem Verfasser der Citate sonst beobachteten Art erheblich abweicht.

Zu V. 57 ist citirt „In ^aex preterea super hoc“. Ein Canon dieses Anfangs existirt in der *Compilatio prima* nicht. Dagegen findet sich ein solcher c. 5 X, 1, 29, der auch inhaltlich als Belegstelle zum Text passen würde. Da aber die *Decretalen Gregors IX.* nach der Form des Citats dem Verfasser desselben nicht vorgelegen haben können, so muss damit der 2. Abschnitt des c. 6, *Comp. I*, 1, 21 gemeint sein, so dass also hier das Citat nicht die Anfangsworte des Canons, sondern die Anfangsworte der als Beleg passenden Sätze enthält.

Dieselbe Methode erhellt auch aus dem Citat zu V. 49. 50 ¹⁾: „Cap. XI, Qo. III Non p̄br.“ Hiermit ist gemeint c. 44, *Quomodo sacerdos C. XI*, qu. 3. *Decr.*, in welchem die Worte vorkommen: . . . presbiter non alligat eos, qui insontes sunt. Alle diese Fehler und Eigenthümlichkeiten der Citate machen es mir zur Gewissheit, dass Magister Altmann nicht der Verfasser derselben gewesen sein dürfte ²⁾.

Denn aus seinem *Ordo iudiciarius* selbst ergibt sich ein tiefes Verständniss der in den Versen vorgetragenen Rechtsätze und eine bei weitem vielseitigere Benutzung der Quellen, als dies in den Citaten zum Ausdruck kommt. —

VI.

Magister Altmann hat bei Abfassung seines *Ordo iudiciarius* in erster Linie den *Ordo iudiciarius Eilberti Bremensis* benutzt ³⁾.

¹⁾ Vers 50, an dessen Rand das Citat steht, lautet:

Sollerter caveant, insontem quemque ligare.

²⁾ Nach meiner Ansicht ist der Verfasser der Citate irgend einer jener „Halbwisser“ gewesen, welche durch ihre oberflächliche und ungenügende Quellenkenntniss so viel zum Verfall der Rechtswissenschaft im spätern Mittelalter beigetragen haben. Dafür, dass Mag. Altmann nicht der Verfasser der Citate ist, spricht auch der oben (S. 49, Text zu Note 1) erwähnte Umstand, dass die Citate in der 2. Hälfte des *Ordo iudiciarius* gänzlich fehlen. — ³⁾ Cf. oben S. 46, Note 6.

Die ganze Anlage seines Werkes stimmt mit der von Siegel dargelegten Disposition derart überein, dass ein Zweifel daran nicht gut möglich ist¹⁾.

Allerdings ist wiederum der Ordo iudic. Eilberti Bremensis inhaltlich der sogen. *Rhetorica ecclesiastica* so ähnlich, dass Mag. Altmann ebenso gut aus letzterer Schrift geschöpft haben könnte.

Allein dagegen spricht vor allem der Umstand, dass der Verfasser des Ordo iudiciarius Eilberti, wie sich aus dem Werke desselben ergibt, in engen Beziehungen zu dem Bischof Wolfker von Passau gestanden hat und daher, da St. Florian zur Diöcese Passau gehörte, der zwischen 1191 und 1204²⁾ verfasste Ordo iudiciarius Eilberti unserem Mag. Altmann viel eher bekannt gewesen sein kann, als die *Rhetorica Ecclesiastica*³⁾.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass Mag. Altmann die poetische Form seines Ordo iudiciarius — augenscheinlich im Hinblick auf den Ordo iudiciarius Eilberti — als etwas Selbstverständliches und Uebliches behandelt, während Eilbert in seiner Vorrede dieselbe ausdrücklich zu motiviren versucht.

Im einzelnen sind zwischen dem Ordo iudiciarius Altmanni und dem des Eilbert natürlich viele Abweichungen zu constatiren, wie denn der Ordo iudiciarius Altmanni den Eilberts beinahe um die Hälfte an Umfang übertrifft.

Magister Altmann hat sich indessen mit der Benutzung dieses einen Werkes augenscheinlich nicht begnügt, sondern hat auch die sonstige Litteratur fleissig zu Rath gezogen.

Dies lässt sich namentlich in recht eclatanter Weise be-

¹⁾ Dies ergibt ohne weiteres die Vergleichung der oben sub IV gegebenen Inhaltsangabe des Ordo iudiciarius Mag. Altmanni mit der des Ordo iud. Eilberti bei Siegel a. a. O. S. 538 ff. — ²⁾ Da als Abfassungszeit des Ordo iud. Altmanni das Jahr 1204 mit ziemlicher Sicherheit constatirt werden konnte, so wird der Ordo iud. Eilberti wohl spätestens ca. 1200 verfasst sein, falls unsere obige Annahme richtig ist, dass Altmann das Werk Eilberts benutzt hat. — ³⁾ Der Entstehungsort der *Rhetorica ecclesiastica* steht nicht fest, doch dürfte er in Deutschland oder Ostfrankreich zu suchen sein. In der Münchener Handschrift wird in den Formularen von dem Augustensis episcopus bezw. von dem subditus desselben gesprochen, während in der Wiener Handschrift stets der Remensis episcopus erwähnt wird.

züglich der Summa des Sicardus von Cremona¹⁾ nachweisen. — Die Stelle V. 140 (cf. oben S. 57, Note 2): „ius scriptum loquimur, tueatur Gallia mores“ ist wörtlich der Summa Sicardi (cf. oben S. 57, Note 3) entnommen.

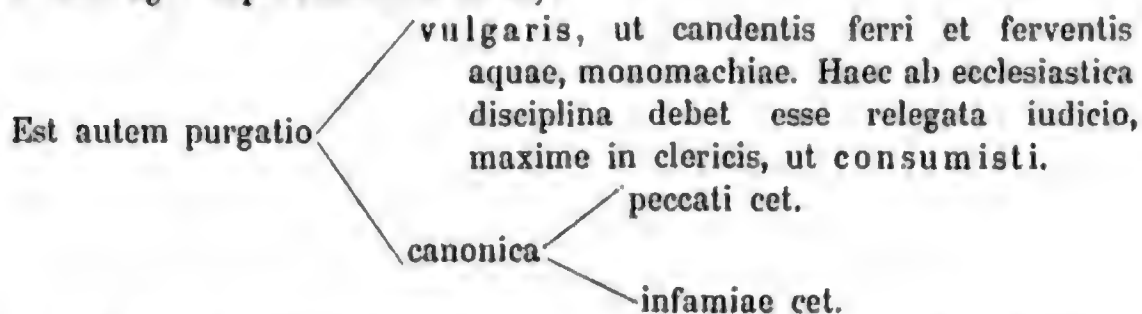
Ein weiteres Beispiel bieten die Verse 659 ff. des *Ordo iudiciarius Altmanni* (cf. oben S. 61, Note 1). Dieselben stimmen auffällig mit dem Schema Sicards überein²⁾.

Endlich habe ich eine Benutzung der Summa ad D. Sicards auch noch constatiren können in den Versen 624—651 des *Ordo iudiciarius* (cf. oben S. 60, Note 3)³⁾.

Von sonstigen (älteren) Schriften könnte Mag. Altmann auch noch die von Gross herausgegebene Summa legum benutzt haben⁴⁾. Indessen sind die zwischen beiden Werken ob-

¹⁾ Sehr wahrscheinlich scheint, dass sowohl Eilbert als der Verfasser der *Rhetorica ecclesiastica* die Summa Decreti des Sigehart (Sicardus) von Cremona gleichfalls benutzt haben. Zu beachten ist dabei, dass Sicardus sich längere Zeit in Mainz aufgehalten hat, wie dies aus der Einleitung seines Werkes hervorgeht (Schulte, I. Beitrag. Wiener Sitzungsberichte Bd. LXIII, S. 343, Separatabdruck S. 45: „Ego vero Sychardus Cremonae filius natione et Moguntine ecclesiae filius spiritualis translatione etc.“ und ebenso am Schluss (cf. Schulte, Litteraturgeschichte Bd. I, S. 143, Note 2). Hierdurch erklärt sich seine vorzügliche Benutzung durch die deutschen populären Schriftsteller des 13. Jahrhunderts. Vgl. im übrigen über Sicardus auch noch v. Schulte, Litteraturgeschichte Bd. I, S. 143 f., wo die einzelnen Daten seines Lebens und der Abfassung seiner Werke genauer festgestellt sind. —

²⁾ Die betr. Stelle Sicards lautet (nach dem Abdruck bei Schulte, I. Beitrag. Separatabdruck S. 52):



³⁾ Die Worte Sicards lauten (nach Hildenbrandt, *D. Purgatio canonica und vulgaris*, München 1841, S. 187): Numerus compurgantium est in arbitrio iudicantium; v. omnibus. Rationabiliter autem episcopus cum XII, sacerdos cum VII aut V, diaconus cum tribus v. si legitimi. de subdiacono et infra non invenimus expressum, credo ergo, quod propria manus et sola sufficiat. compurgatores iurare debent, se illius vitam et mores tales agnoscere, ut credant, ita esse, ut principalis persona iuravit. — ⁴⁾ Vgl. oben S. 61, Note 3 mit Gross S. 209 f., § 5.

waltenden Aehnlichkeiten zu allgemeiner Natur, als dass sich daraus mit Sicherheit ein Schluss ziehen liesse ¹⁾).

VII.

Während Siegel bezüglich des Ordo iudiciarius Eilberti Bremensis mit Recht sagen durfte, dass von einer nachhaltigen Wirkung desselben keine Rede gewesen und dass ihm in der Wissenschaft des 13. und 14. Jahrhunderts ein Andenken nicht bewahrt worden sei, kann bei dem Ordo iudiciarius Mag. Altmanni eine fortdauernde Wirkung auf die spätere Litteratur nachgewiesen werden.

Zwar der Name des Autors ist bald verschollen, aber seine Verse erhielten sich fort.

So sind die Verse über die Zahl der Eideshelfer beim Reinigungseid der Geistlichen in die Glossa ordinaria zu den Decretalen Gregors IX. übergegangen ²⁾. Dieselben sind dort mit der Sigle Lau. bezeichnet, was darauf deutet, dass Laurentius Hispanus ³⁾ bei Abfassung seines Apparats zum Decret oder zur Compilatio I den Ordo iudic. Mag. Altmanni benutzt hat.

Damit ist zugleich erwiesen, dass der Ordo iudic. nach Italien hinübergedrungen ist.

Die Benutzung unseres Ordo iudiciarius namentlich durch processualistische italienische Schriftsteller erhellt daraus, dass sich die V. 578. 579:

Conditio sexus etas discretio fama

Et fortuna fides in testibus ista requires

wörtlich sowohl bei Damasus Summa de ordine iudiciario ⁴⁾, als auch bei Tancred ⁵⁾ finden. Damasus hat sogar die ganze

¹⁾ Hingewiesen mag darauf werden, dass in dem Wiener Codex Nr. 2221 sich an d. Summa legum der Ordo iudic. Eilberti anschliesst und diesem unmittelbar die Medulla matrimonii und die versus decretales des Magister Altmann folgen. — ²⁾ V. 624. 625 und 643. 644 cf. oben S. 60, Note 3. Pontificem parium manus expurget duodena etc. Dieselben finden sich in der Glosse zu c. 10, X de purg. can. (vgl. Stintzing, Populäre Litteratur S. 141, wonach sie auch im Vocabularius utriusque iuris enthalten sind, und Siegel a. a. O. S. 531). — ³⁾ Vgl. über diesen Schriftsteller v. Schulte, Litteraturgeschichte Bd. I, S. 190 f. — ⁴⁾ Damasus, Ordo iud. ed. Wunderlich p. 98. — ⁵⁾ Tancred, Ordo iud. ed. Bergmann p. 225.

Disposition des Abschnittes über die Zeugen nach den einzelnen Worten der Verse eingerichtet ¹⁾).

Die erwähnten Verse des Ordo iudic. Altmanni finden sich endlich auch in allen Handschriften des sog. Ordo iudic. Iohannis Andreae ²⁾, wobei bemerkt werden mag, dass in einer späteren Redaction desselben der den einzelnen Worten der Verse entsprechende Abschnitt aus Damasus herübergenommen worden ist ³⁾.

Nehmen wir die Thatsache als erwiesen an, dass der Ordo iudic. Mag. Altmanni bei Abfassung des fälschlich dem Ioannes Andreae zugeschriebenen Processwerkes benutzt worden ist, so dürfte sich daraus vielleicht eine Aufklärung darüber gewinnen lassen, wie es gekommen ist, dass der Ordo iudic. Antequam dicatur dem Ioannis Andreae zugeschrieben werden konnte. In dem sogen. Ordo iudiciarius Io. Andreae ist der Name Io. Andreae in den Manuscripten fast niemals geschrieben ⁴⁾. Er wird vielmehr stets abgekürzt Io. An. ⁵⁾.

In neuester Zeit ist nun von Prof. Tamassia zu Padua ein Ordo iudiciorum des Ioannes Bassianus (abgekürzt Io. b.) aufgefunden worden ⁶⁾, dessen veröffentlichter Theil eine so starke Aehnlichkeit mit dem entsprechenden Theil des Ordo iud. Ioannes Andreae aufweist ⁷⁾, dass die Vermuthung

¹⁾ In der Glosse Tempore zu c. 37, X, 2, 20 finden sich die abweichenden Verse:

Auditus visus persona scientia causa

Fama locus tempus ac certum credulitasque

Dum testes recipit iudex hec cuncta notabit.

²⁾ Vgl. Stintzing, Populäre Litteratur S. 207. — ³⁾ Vgl. den Abdruck aus dem Liber plurimorum tractatum (Ausgaben von 1494 und 1510) bei Horn, Ioan. Andreae Processus iudiciarius, München 1837, S. 37 f. mit Damasus, Summa tit. 60 ed. Wunderlich S. 98. — ⁴⁾ Besonderer Belegstellen dafür bedarf es wohl nicht (vgl. über den Ordo iud. Io. Andreae auch noch Schulte, Litteraturgeschichte Bd. II, S. 225). — ⁵⁾ Vgl. Stintzing, Populäre Litteratur S. 208 f. 211. — ⁶⁾ Aus dem Cod. Ms. 1475 der Universitätsbibliothek zu Padua angezeigt und theilweise publicirt in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Roman. Abth. Bd. VII (1886), S. 139 ff. — ⁷⁾ Dies wird folgende Zusammenstellung der §§ 2—5 des Ordo iudiciarius Ioannis Bassiani mit der Einleitung des sogen. Ordo iud. Io. Andreae beweisen:

durchaus gerechtfertigt scheint, der Ordo iud. Io. Bassiani

Ordo. iud. Ioan. Bassiani
(ed. Tamassia).

§ 2. Iudicium vocatur nihil aliud, quam actus legitimus trium personarum sive iudicis auctoris (wohl Druckfehler für actoris) et rei. Nam testes licet plurimum in iudiciis utpote necessarii producantur, et sine his tamen potest esse iudicium

§ 3. Iudicum alii sunt ordinarii, alii delegati. Ordinarius est, qui principaliter a dño papa vel a domino principe iurisdictionem habet, non specialem delegationem ad causam.

§ 4. Sed papa interdum eligit iudicem, interdum electionem confirmat

§ 5. Ordinarius iudex est, qui dignitatis nomine gaudet, cuius ratione potest aliquam causam cognoscere, ut archidiaconus, episcopus, archiepiscopus, preses praetor.

Ordinariorum quidam sunt minores et vocantur clarissimi, quidam medii et dicuntur spectabiles, quidam maximi et dicuntur illustres.

sogen. Ordo iud. Io. An.

§ 1. Iudicium est actus trium personarum id est iudicis, actoris et rei in iure consistentium.

[§ 2. Einschiebsel: Alie personę etiam quinque sunt necessarię in iudicio, ut testis advocatus assessor, procurator et auditor.]

§ 3. Tres sunt species iudicum: Ordinarii, delegati, arbitri.

Ordinarii sunt iudices qui habent iurisdictionem propriam, ut episcopi, prepositi, decani.

Ein Commentar zum Ordo iud. Io. An. aus dem 14. Jahrhundert im cl. m. Monac. 16122 bemerkt zu § 3:

„Ordinarii iudices dicuntur illi qui eliguntur a domino apostolico vel imperatore vel etiam pro successionem in ordinariam dignitatem. Statim quando sunt electi pro successionem (et) intraverunt talem dignitatem habent potestatem iudicandi. Et isti vocantur iudices ordinarii.

Et isti sunt maiores et minores, maiores ut episcopi, minores ut prepositi decani et huiusmodi.“

Den Ordo iudiciarius Io. Andreae habe ich nach der Ausgabe der ältesten Handschrift von Rockinger in den Quellen zur bayr. und dtsh. Geschichte Bd. IX, Abth. 2, S. 985 ff. citirt, woselbst auch die aus dem Commentar angeführte Stelle abgedruckt ist. Dass in beiden Ordines iudic. nur drei Personen zur Constituirung des Iudicium erfordert werden (cf. oben §§ 2 und 1), ist um so bemerkenswerther, als in c. 1 C. IV qu. 4 Decr. es ausdrücklich heisst: . . in omni iudicio quatuor personas necesse est esse. Die Dreitheilung ist von Io. Bassianus wahrscheinlich dem Bulgarus entlehnt (ed. Wunderlich p. 20). Sie findet sich auch in der Summa Bambergensis (Schulte in d. Wiener Sitzungsber. Bd. LXX, p. 32). Bei Petrus Exc. L. R. werden fünf Personen für noth-

sei die Hauptquelle des sogen. Ordo iudic. Io. Andreae¹⁾).

Nimmt man nun weiter an, dass neben dem Ordo iud. Io. Bass. auch der des Mag. Altmann benutzt sei, und erwägt man, dass der Name Altmann als Abkürzung sehr gut mit A. oder An. bezeichnet worden konnte, so wird man es nicht unwahrscheinlich finden, dass der anonyme Verfasser des sogen. Ordo iud. Io. Andreae diesen bezeichnet hat als Ordo iudic. Io. (nämlich Ioannis Bassiani) et An. (nämlich Altmanni), woraus dann die Bezeichnung Ordo iud. „Io. An.“ entstanden ist, welche Sigle in späterer Zeit nur auf den berühmten Ioannes Andreae gedeutet werden konnte, während der wirkliche Johannes Andreae mit dem in Deutschland verfassten Ordo iudiciarius: „Antequam dicatur“ niemals etwas zu thun gehabt hat.

Zum Schlusse sei es mir gestattet, den Herren, welche mir bei meiner Arbeit durch Uebersendung von Handschriften und auf sonstige Weise hülffreiche Hand geleistet haben, insbesondere dem kk. Wirklichen Geheimen Rath und Minister Herrn Dr. Freiherrn von Pražák und Herrn Hofrath Prof. Dr. Maassen zu Wien, dem Herrn Prälaten Leonardus, Abt von Kremsmünster, den Bibliothekaren P. Hugo Schmidt zu Kremsmünster und P. Albin Czerny zu St. Florian, dem Vorstand der kk. Hofbibliothek zu Wien und Herrn Geheim-

wendig erklärt (Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter, Bd. 2 [2. Ausgabe], S. 406). In dem Ordo iud. Tancreds wird die Frage gar nicht berührt. Daher kann der Verfasser des Ordo iud. Io. An. aus letzterem die Dreitheilung nicht geschöpft haben. Der Ordo iud. Eilberti und die Rhetorica eccl. haben die canonistische Viertheilung.

¹⁾ Ein abschliessendes Urtheil wird sich erst ermöglichen lassen, wenn Herr Prof. Tamassia die a. a. O. in Aussicht gestellte Publication des gesamten Textes des Ordo iud. Io. Bassiani erscheinen lassen wird. Möchte dies recht bald der Fall sein! — ²⁾ Ich kann somit nur Schulte, Litteraturgeschichte Bd. II, S. 226 zustimmen, welcher die Meinung Stintzings, Populäre Litteratur S. 205 ff., bes. S. 210. 211 bekämpft, Johannes Andreae habe über den ursprünglich in Deutschland verfassten Ordo iudiciarius in Valence Vorträge gehalten. Wer die Geneigtheit des Mittelalters kennt, verbreitete Werke berühmten Personen ohne weiteres zuzuschreiben, wird die oben im Text angedeutete Möglichkeit begreiflich finden.

rath Prof. Dr. v. Rockinger zu München, öffentlich meinen Dank auszusprechen¹⁾).

¹⁾ Der Herr Abt von Kremsmünster sandte mir den Codex Nr. 1 der Stiftsbibliothek, der Vorstand der Wiener Hofbibliothek den Cod. palat. Vindob. Nr. 2221 nach meinem damaligen Wohnort Glogau, während Herr Geh. Rath v. Rockinger mir nicht nur die *Rhetorica ecclesiastica* in der schon von Siegel benutzten Abschrift, sondern auch seine gesammten, theilweise noch unedirten Collationen der Münchener Handschriften des Ord. iud. Io. An. zur Verfügung stellte und deren Benutzung gestattete.

Berichtigungen. S. 48 in Note 2 dieser Abhandlung muss es heissen statt 428: 416, und statt Quinlo: Quinternio.

III.

Das erzwungene Testament.

Von

Herrn Professor **O. Lenel**
in Strassburg i. E.

Die Frage, welches das rechtliche Schicksal des erzwungenen Testamentes ist, gehört bekanntlich zu den bestrittensten des römischen Erbrechts. Die Quellen lassen uns anscheinend so gut wie im Stich. Zwar enthalten Digesten wie Codex einen Titel „Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit“ — D. (29. 6), C. (6. 34); allein die Rubrik verspricht mehr, als der Inhalt der Titel hält: in dem Digestentitel ist von dem Fall „si coegerit“ gar nicht die Rede, und aus dem Codextitel erfahren wir nur, dass über das erzwungene Testament eine „civilis disceptatio“ möglich war¹⁾, über deren Natur leider kein näherer Aufschluss gegeben wird. So darf es nicht Wunder nehmen, dass in der Litteratur alle überhaupt nur denkbaren Ansichten Vertretung gefunden haben²⁾: Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, vollkommene Giltigkeit des Testamentes,

¹⁾ C. 1 cit. — ²⁾ S. die Litteraturübersicht in Windscheids Pandekten § 548, n. 2.

Indignität des Zwingenden — keiner Auffassung hat es an Vertheidigern gefehlt, und es scheint keinerlei Aussicht auf Einigung zu bestehen. Und doch giebt es vielleicht einen ebenen und naheliegenden Weg zur Schlichtung der Controverse, der bis jetzt noch nicht betreten worden ist. Ich habe diesen Weg schon früher gelegentlich angedeutet, aber an so verborgenem Orte ¹⁾, dass die Andeutung unbeachtet blieb und bleiben musste. So mag es denn gestattet sein, auf die Frage hier in eingehenderer Ausführung nochmals zurückzukommen.

Als Ausgangspunkt dient mir der Satz, dass nach Civilrecht das erzwungene Testament vollkommen giltig gewesen ist. Wenn es keinem Zweifel unterliegt, dass das Civilrecht die durch Zwang zu Stande gekommenen Formalgeschäfte unter Lebenden als vollgiltig behandelte, so ist nicht abzu- sehen, warum diese Anschauung nicht auch beim Testament zur Geltung gelangt sein sollte. Nahm das Civilrecht dort auf den Umstand, dass das formell tadellose Geschäft auf durch Drohungen erregte Furcht zurückging, keine Rücksicht, so hatte es hier nicht die geringste Veranlassung zu abweichender Regelung. Im Gegentheil ist anzunehmen, dass das Bedürfniss solcher abweichenden Regelung sich bei Geschäften unter Lebenden energischer geltend gemacht haben wird als bei dem Testamente. Denn dessen beliebige Widerruflichkeit bot gegen die Unbilligkeit des civilrechtlichen Grundsatzes ein Correctiv, das bei Geschäften unter Lebenden fehlte. Dass trotzdem erzwungene Testamente vorkommen konnten, bei denen die Möglichkeit des Widerrufs nicht gegeben war, liegt freilich auf der Hand; aber es handelte sich um verhältnissmässig seltene Fälle, und so spricht alle Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Forderungen der Aequitas sich gegenüber dem ius strictum hier zum mindesten nicht früher durchsetzten, als bei Geschäften unter Lebenden. Der Prätor wird es gewesen sein, der hier wie dort Abhülfe gewährte. Welches Mittels bediente er sich zu diesem Behufe? Nicht wenige Schriftsteller nun denken hier an eben die Rechtsmittel, durch die der Prätor erzwungene Geschäfte unter Lebenden entkräftete: die *restitutio propter metum*, die *actio metus causa*,

¹⁾ Edictum perpetuum S. 288, n. 8.

die *exceptio metus*. Ich halte diesen Gedanken für durchaus abwegig; die entscheidenden Gegengründe sind längst erkannt und hervorgehoben worden; Bedenken muss namentlich erregen, dass jene Rechtsmittel, die sonst nur dem Gezwungenen selbst oder dessen wirklichem Erben zustehen, hier denjenigen zugestanden werden müssten, die ohne den Zwang Erben des Gezwungenen geworden wären. Für die Annahme einer solchen Anomalie wäre überzeugender Quellenbeweis zu fordern; von solchem Beweise ist aber überhaupt keine Rede: die Quellen handeln in den betreffenden Abschnitten durchaus nur von Geschäften unter Lebenden. Man wird also an ein anderes Mittel prätorischer Hülfe denken müssen, und es ist wunderbar genug, dass man, befangen in dem Gedanken an die erwähnten Anfechtungsmittel, bei Behandlung dieser Frage allgemein vergessen zu haben scheint, auf welchem Wege der Prätor sonst, wo er in die civile Erbfolge abändernd eingreifen wollte, dies durchzusetzen pflegte. Es war dies nicht der Weg der Restitution, nicht der einer arbitratischen Anfechtungsklage, es war bekanntlich der der Ertheilung und Verweigerung der *bonorum possessio*. Wenn ein emancipirter Sohn im Testament präterirt ist, gewährt ihm der Prätor etwa eine *restitutio propter capitis deminutionem* wider das Testament? Er gewährt ihm die *bonorum possessio contra tabulas*. Es spricht die höchste Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Prätor, wenn er in der That, wie wir annehmen, das erzwungene Testament missbilligte und zu entkräften bezweckte, zu diesem Behufe einfach edicirte, er werde aus demselben keine *bonorum possessio* ertheilen.

Wir sind zu der obigen Vermuthung durch allgemeine Erwägungen gelangt, indem wir die Quellen einstweilen bei Seite liessen. Sind diese letzteren nun in der That für unsere Frage so unergiebig, wie man einstimmig zu behaupten pflegt? Ich glaube im Gegentheil nachweisen zu können, dass sie jene Vermuthung in ganz entscheidender Weise unterstützen. Es ist allgemein anerkannt, dass die weitaus meisten Digestenrubriken von den Compilatoren nicht selbständig verfasst, sondern den excerpirten Schriften entnommen worden sind. Am wenigsten kann dies bei der Rubrik des Titels (29. 6) „*Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*“ einem Zweifel

unterliegen, da diese durch die Worte „vel coegerit“ über den Inhalt des Titels selbst hinausgreift, also nicht mit Rücksicht auf diesen Inhalt verfasst sein kann. Welchen excerptirten Schriften nun entstammt die Rubrik? Der Titel besteht aus drei Fragmenten; die beiden ersten und umfangreichsten, in denen der Fall „si quis aliquem testari prohibuerit“ ex professo besprochen wird, gehören den Edictcommentaren des Ulpian und Paulus an — Ulp. 48, Paul. 44; sie sind der eigentliche Sitz der Materie; die dritte aus Papinians lib. 15 resp. enthält nur eine zusätzliche Bemerkung und stellt offenbar nicht den civil-, sondern den strafrechtlichen Gesichtspunkt in den Vordergrund¹⁾. Die Rubrik ist hiernach sicherlich jenen Edictcommentaren entlehnt, und da die Rubriken der Edictcommentare, soweit sie nicht einfach aus dem Edict übernommen wurden, doch stets dem Inhalt der betreffenden Edictsabschnitte zu entsprechen pflegen²⁾, so werden wir mit zwingender Nothwendigkeit zu der Annahme geführt, dass der Prätor die beiden Fälle „si prohibuerit“ und „si coegerit“ in einem Edict neben einander ordnete. In welchem Abschnitt seines Albums? Die Inscriptionen Ulp. 48 und Paul. 44 verweisen auf den Titel de bonorum possessionibus (Ulp. 39—49, Paul. 41—44 ad edict.); sie verweisen speciell auf die Rubrik „Quibus bonorum possessio non competit“. Diese Rubrik ist uns ebenfalls in den Digesten überliefert, als Ueberschrift des Titels (38. 13); sie umfasste verschiedene Fälle, die ich in meinem Edictum perpetuum (§ 163) zusammengestellt habe, und namentlich den, wenn jemand einen andern dolos an Veränderung eines Testamentes verhindert hatte, also einen unter unser Edict gehörigen Fall³⁾; gerade auf diesen bezieht sich das einzige Fragment des erwähnten Digestentitels; es ist aus Julians lib. 28 dig., welches Buch den angeführten

¹⁾ Wegen ihres ursprünglichen Zusammenhangs vgl. meine Palinogenesie (Papin. fr. 727). — ²⁾ Ich sehe hier ab von umfangreichen systematischen Einschiebseln, wie sie sich im Edictcommentar des Paulus finden (vgl. namentlich die Besitzlehre bei Paul. 54). Dass es sich bei dem Titel, der uns beschäftigt, um ein solches Einschiebsel nicht handelt, steht fest; vgl. Julian. 28 dig. (38. 13) 1: hic casus verbi edicti non continetur. — ³⁾ Nämlich unter die Kategorie „si prohibuerit“: cf. D. (29. 6) 1 § 1. 2.

Büchern 48 und 44 der grossen Edictcommentare parallel läuft. Nach alledem darf mit grosser Zuversicht behauptet werden, dass der Prätor — und zwar wahrscheinlich unter der Rubrik „*Quibus bonorum possessio non competit*“ — ein Edict erlassen hat, worin er sowohl für den Fall „*si prohibuerit*“, wie für den „*si coegerit*“ die *bonorum possessio* ausdrücklich versagte.

Untersuchen wir nun, wie sich auf Grund eines solchen Edicts die Rechtslage bei erzwungenem Testament gestalten musste, indem wir vorerst voraussetzen, dass anderweite gesetzliche Anordnungen über das erzwungene Testament — etwa durch Kaiserconstitutionen — nicht bestanden, dass ferner der Prätor die *bonorum possessio* nur demjenigen selbst versagt habe, von dem der Zwang ausgegangen. Jenes Edict hinderte selbstverständlich den Zwingenden nicht, dennoch aus dem erzwungenen Testament die *b. p. secundum tabulas* zu agnosciren. Allein diese Agnition musste, weil nicht „*ex edicto*“ geschehen, rechtlich völlig unwirksam bleiben. Die Delation der *b. p.* erfolgte von vornherein gar nicht an ihn, sondern an diejenigen, die, abgesehen von dem erzwungenen Testament, berufen gewesen sein würden, d. h. an die Intestat-erben oder an die in einem früheren Testament Eingesetzten. Was letztere angeht, so scheint ihrer Berufung freilich der Wortlaut des Edicts über die *b. p. s. t.* zu widersprechen, worin die *b. p.* nur „*secundum supremas tabulas*“ verheissen wird, vgl. D. (37. 11) 1 § 1; allein es ist doch wohl schwerlich allzu kühn, wenn ich annehme, dass der Prätor dem Testament, aus dem er die *b. p.* verweigerte, auch keine *casatorische* Wirkung beilegte. Diese *ex edicto* Berufenen drangen also mit dem *interdictum quorum bonorum* gegen den Zwingenden, wenn dieser im Besitz war, durch; er dagegen konnte sich jenes *Interdictes* weder gegen sie noch gegen Dritte bedienen, da ihm die *b. p.*, wenn auch thatsächlich ertheilt, doch nicht, wie es das *Interdict* verlangt, „*ex edicto*“ ertheilt war. Ebenso wenig stehen ihm die *actiones ficticiae* des *bonorum possessor* zu: stellt sich der Sachverhalt schon in *iure* heraus, so werden sie ihm *denegirt*; ist der Sachverhalt bestritten, so inserirt der Prätor in die Formel die *exceptio* „*si A° A° ex edicto meo bonorum possessio data*

est“¹⁾), die zur Absolution des Gegners führt. Wie aber, wenn das erzwungene Testament den civilen Erfordernissen entspricht, der Zwingende also in der Lage ist, als civiler heres aufzutreten? wird der Prätor ihm die civilen Klagen ohne Anstand ertheilt haben? Ich halte das Gegentheil für zweifellos; die Missbilligung des geübten Zwanges musste den Prätor mit innerer Nothwendigkeit auch zur Verweigerung der civilen Actionen führen. Kurz, es ergiebt sich, dass der Prätor die erzwungene Erbeinsetzung aller und jeder Wirksamkeit beraubte; sie ist iure praetorio nichtig.

Sehen wir nun zu, ob nicht die obigen Aufstellungen in den Bruchstücken Bestätigung finden, die uns von den Commentaren zu dem uns beschäftigenden Edict erhalten sind. Allerdings handeln diese Reste, wie bekannt, nur von dem Fall „si prohibuerit“, nicht von demjenigen „si coegerit“. Wenn es aber wahr ist, dass beide Fälle in dem gleichen Edict unter der gleichen Rubrik geordnet waren, so ist bei der inneren Aehnlichkeit der beiden Fälle ein Analogieschluss von der Behandlung des einen auf die des anderen sicherlich gestattet. Bei der Betrachtung jener Bruchstücke nun springen sofort zwei bemerkenswerthe Thatsachen in die Augen. Einmal: der einfache, nächstliegende Fall, wo jemand einen anderen im unmittelbaren eigenen Interesse an der Errichtung eines Testamentes verhindert hat, ist in den erhaltenen Fragmenten ebenfalls nicht behandelt, so wenig wie der Fall „si coegerit“; es werden vielmehr bei Ulpian wie bei Paulus sogleich Fälle erörtert, die nur im Wege ausdehnender Interpretation unter das Edict gebracht werden konnten: wenn jemand den Schreiber oder die Testamentszeugen am Kommen verhindert oder die Abänderung eines Testamentes verhindert hatte, in dem nicht er selbst, sondern sein nachher freigelassener Sklave zum Erben eingesetzt war; zur Rechtfertigung der Entscheidung im erstgedachten Fall beruft sich denn auch Ulpian auf eine Constitution Hadrians. Zweitens: in diesen

¹⁾ Die Existenz dieser bis dahin übersehenen exceptio habe ich in meinem Ed. perp. (§ 67 a. E.) aus allgemeinen Gründen behauptet; dass sie in den Quellen als exceptio honorum possessionis non datae ausdrücklich bezeugt ist — D. (44. 1) 20 a. E. —, habe ich erst inzwischen bemerkt.

Fragmenten, die ganz zweifellos dem Titel *de bonorum possessionibus* angehören, ist gleichwohl von der *bonorum possessio*, ihrer Ertheilung oder Verweigerung, mit keiner Silbe die Rede; als Rechtsfolge der zwangsweisen und überhaupt dolosen Verhinderung an der Testamentserrichtung wird durchaus nur namhaft gemacht, dass dem Schuldigen die „*actiones*“ denegirt werden, sein Erbtheil aber an den *Fiscus* fällt. Auch in dem hierher gehörigen Fragment *Julians* — (38. 13) 1 —, das doch unter der Rubrik „*Quibus non competit bonorum possessio*“ steht, wird dennoch nur von *denegatio actionum*, nicht *bonorum possessionis* gesprochen. Beide auffallenden Erscheinungen nun beruhen sicher nicht auf Zufall, sondern deuten auf bewusstes Eingreifen der *Compiler*. Diese, als sie die Rubrik „*Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*“ aus dem äusseren Zusammenhang der *bonorum possessio* lösten und in den *Digesten*abschnitt von den Testamenten versetzten, wollten dabei zugleich den inneren Zusammenhang mit der *bonorum possessio* lösen, den bei den *Commentatoren* hervorgehobenen Gegensatz zwischen *civilem* und *prätorischem* Rechte verwischen und den *excerpirten* Stellen Beziehung auf die Erbfolge überhaupt, das „*successionis compendium*“, wie *Diocletian* in c. 2 h. t. sagt, geben. Diesem Bestreben fielen diejenigen Stücke der *Commentare* zum Opfer, in denen jener Gegensatz *ex professo* berührt, die Beziehung der einschlagenden Rechtssätze zur *bonorum possessio* prägnant hervorgehoben war. Das waren aber naturgemäss gerade die Abschnitte, in denen das *Edict* selbst seinem Wortlaut nach erläutert wurde, und daher kommt es, dass uns von dem Fall „*si coegerit*“ nichts, von dem Fall „*si prohibuerit*“ nur die ausdehnende Interpretation überliefert ist. Aufgenommen wurden nur die Stellen der *Commentare*, die man entweder unverändert oder mit ganz leichten Veränderungen brauchen konnte. Zwingende Gründe, Interpolationen in den überlieferten Stellen zu vermuthen, sind in der That nicht vorhanden. Denn so auffallend das Lückenhafte der Ueberlieferung ist, das, was uns jene Stellen positiv sagen, entspricht ganz dem Bilde, das wir uns oben von der Bedeutung des *Edicts* gemacht haben. Demjenigen, der einen anderen an Errichtung eines Testamentes hindert, werden die *Actionen*

denegirt, und es tritt Ereption seines Erbtheils durch den Fiscus ein. Das sind — es muss dies energisch hervorgehoben werden — zwei verschiedene, von einander unabhängige Bestimmungen, nicht eine einzige, wie die herrschende dogmatische Betrachtungsweise annimmt; zwei Bestimmungen, von denen die erste auf das prätorische Edict zurückgeht, die zweite dagegen unzweifelhaft nicht auf das Edict, sondern entweder auf Senatusconsulte oder auf Kaiserconstitutionen¹⁾. Dass in fr. 1 pr. h. t. für beide ein Rescript Hadrians angeführt wird, hat seinen Grund, wie schon bemerkt, nur darin, dass hier eben nicht vom eigentlichen Fall des Edicts die Rede ist. Jene dogmatische Betrachtungsweise ist der Lehre vom erzwungenen Testament nicht förderlich gewesen. Indem man nämlich in den Quellen nichts weiter zu finden glaubte, als dass der die Testamentserrichtung Hindernde seine Portion an den Fiscus verliere, legte man sich immer nur die eine Frage vor, ob diese Bestimmung auch auf den zur Testamentserrichtung Zwingenden ausgedehnt werden dürfe. Man hätte sich statt dessen, wie die obige Untersuchung gezeigt hat, zwei Fragen vorlegen sollen: erstens, ob die *denegatio actionum*, zweitens, ob die Indignität auch auf den Zwingenden zu erstrecken sei. Die erste Frage ist m. E. ebenso entschieden zu bejahen, wie die zweite zu verneinen. Nicht bloss die Ueberschrift des Titels (29. 6), auch die durchgreifende innere Analogie des ganzen Verhältnisses spricht dafür, dass der Prätor den Zwingenden genau ebenso behandelt hat wie den Hindernden, d. h. dass er ihm sämtliche civile und prätorische Rechtsmittel versagt hat. Dagegen machen sich schwerste, längst erkannte und gewürdigte Bedenken geltend, sobald man versucht, das Ereptionsrecht auf den Zwingenden anzuwenden. Wer einen anderen an Errichtung eines Testaments verhindert, beeinträchtigt nicht ein gesetzlich anerkanntes Erbrecht; er benachtheiligt nur diejenigen, die ohne die stattgehabte Hinderung in dem Testament zu Erben eingesetzt worden wären. Diesen nun ein Anrecht auf die Erb-

¹⁾ Darum behandelt Paulus in seinen Responsen diesen Indignitätsfall auch nicht im ersten, dem Edict gewidmeten Theil des Werkes, sondern im zweiten; vgl. meine Palingenesie, Paul. fr. 1584.

schaft einzuräumen besteht nicht der mindeste Grund. Sie sind eben thatsächlich nicht zu Erben eingesetzt. Für sie liegt die Sache nicht anders, als wenn der Testator durch Krankheit, Wahnsinn, plötzlichen Tod oder dergl. am Testiren verhindert worden wäre. Alle Rechtssicherheit würde aufhören, wenn das Recht als Grundlage von Erbansprüchen nicht bloss wirklich errichtete Testamente gelten liesse, sondern auch solche, die ohne eingetretene Hinderungen errichtet worden wären. Wozu dann überhaupt noch Testamentsformen aufstellen? Jene also verdienen keine Berücksichtigung. Ebenso wenig aber die, die etwa in Ermangelung des Hindernden erbberechtigt gewesen sein würden, z. B. die entfernteren Intestaterben; dies ihr Intestaterbrecht würde ja auch ohne den geübten Zwang nicht zur Geltung gelangt sein: wenn es in der Ordnung ist, dass der Hindernde die Vortheile aus seiner rechtswidrigen Handlung verliert, warum sollen diese Vortheile gerade ihnen zufallen? Man begreift also vollkommen, besser als in vielen anderen Fällen der Indignität, wie der Fiscus dazu gekommen ist, sich der Erbportion des Hindernden zu bemächtigen. Ganz anders steht die Sache beim erzwungenen Testament. Hier sind die Benachtheiligten solche Personen, die bereits im Gesetz oder in einem früheren Testament als Erben bezeichnet sind, nicht solche, die erst noch zu Erben ernannt werden sollten, und es ist folgerecht und in der Ordnung, dass das Recht, wenn es das erzwungene Testament missbilligt, nun ganz so wie sonst, wo es ein Testament nicht anerkennt, diejenigen berücksichtigt, die, abgesehen von diesem Testament, als Erben berufen sind. Schreiende Ungerechtigkeit wäre es, wenn der Fiscus das durch Zwang zu Stande gekommene Testament zu ihrem Nachtheil und zu eigenem Vortheil ausbeuten wollte.

Ich habe bisher vorausgesetzt, dass in dem erzwungenen Testament der Zwingende selbst zum Erben eingesetzt war. Wie aber, wenn der Zwang zu Gunsten Dritter oder doch auch zu Gunsten Dritter geübt worden? Wurde auch ihnen die bonorum possessio verweigert? Man möchte sich für das Gegentheil darauf berufen, dass in dem Fall „si prohibuerit“ die bonorum possessio bekannter Massen nur dem Hindernden, nicht aber dritten Unschuldigen verweigert wurde. Allein die

Fälle gleichen sich nicht. Im Fall „si prohibuerit“ fragt es sich, ob dritte Unschuldige darunter leiden sollen, dass das Testament gerade durch Zwang nicht zu Stande gekommen ist. Sie sind die berufenen Erben, wenn kein Testament da ist, und aus dem Delict eines anderen ist ihnen kein Vorwurf zu machen. Mag sein, dass der Testator die Absicht hatte, ihnen die Erbschaft zu nehmen; allein diese blosse Absicht reicht nicht aus, ihr Erbrecht zu beseitigen, und die Umstände, die die Ausführung jener Absicht vereitelten, kommen ihnen gegenüber nicht in Betracht; die Sache liegt für sie nicht anders, als ob der Testator durch irgend ein anderes ihnen nicht zur Last fallendes Ereigniss am Testiren verhindert worden wäre. Ganz anders beim erzwungenen Testament. Wenn hier der Prätor dem Zwingenden die bonorum possessio verweigert, so thut er das sicherlich nicht oder doch nicht bloss aus dem Gesichtspunkt einer Strafe, sondern wesentlich desshalb, weil dessen Einsetzung nicht auf dem freien Willen des Testators beruht; dieser Grund trifft aber selbstverständlich ganz ebenso auch bei den unschuldigen Dritten, die im Testamente eingesetzt sind, zu. Nach der im gemeinen Leben geltenden Anschauung würde der sei es auch selber Unschuldige, der aus dem erzwungenen Testamente anträte, dadurch nachträglich den geübten Zwang billigen und sich zu eigen machen, und kein anständiger Mensch wird eine unter solchen Verhältnissen deferirte Erbschaft annehmen. Und wenn der Prätor die Rechtsmittel, wodurch erzwungene Geschäfte unter Lebenden angefochten werden können, auch wider unschuldige Dritte gewährt, ist es dann irgend wahrscheinlich, dass er beim erzwungenen Testament, wo doch offenbar der unschuldige Dritte weit weniger Rücksichtnahme verdient als dort, grundsätzlich das entgegengesetzte Verfahren eingeschlagen haben sollte? Hiegegen darf man sich auch nicht etwa auf die Fassung der Rubrik „si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit“ berufen, als ob diese für eine gleichheitliche Behandlung der beiden Fälle spräche. Gewiss würde, falls aus dem erzwungenen Testament überhaupt keine bonorum possessio ertheilt wurde, die Fassung „si quis testari coactus fuerit“ zweckentsprechender erscheinen. Aber der Prätor konnte sehr wohl gerade durch den Parallelismus der beiden

Fälle zu einer abweichenden Fassung veranlasst werden. Auf ein Edict „si quis aliquem testari prohibuerit, bonorum possessionem ei non dabo“ folgte leicht und naturgemäss ein solches: „si quis aliquem testari coegerit, ex eo testamento neque ipsi neque alii ulli bonorum possessionem dabo“. Schwer ins Gewicht für die von mir vertretene Ansicht fällt aber endlich die vielbesprochene c. 1 h. t.:

Civili disceptationi crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui heres est institutus vel quoslibet alios quos noluerit scripserit.

Die Lesart quoslibet alios ist bekanntlich keineswegs unbestritten; die Lesung quolibet alio oder a quolibet alio hat, wenn man allein die Handschriften des Codex ins Auge fasst, mindestens ebenso gute Beglaubigung, wird durch den Zusammenhang geradezu gefordert und von Krüger selbst, der im Text auf die Autorität der byzantinischen Quellen quoslibet alios hat, als Conjectur gebilligt. Ist es uns indess im Obigen gelungen, die Natur der civilis disceptatio, der das erzwungene Testament ausgesetzt ist, hinreichend aufzuklären, dann wird es ziemlich gleichgiltig, wie man die Stelle liest. Denn unter allen Umständen geht aus ihr hervor, dass jene civilis disceptatio auch dann statt hat, wenn andere als der Zwingende selbst zu Erben eingesetzt sind. Gegen wen sich dieselbe richte, sagt das Rescript freilich nicht, und die Byzantiner denken an einen Rechtsstreit gegen den Zwingenden selbst¹⁾. Allein diese ihre Meinung ist nichts als missverständliche Auslegung und für uns ohne alles Gewicht. Wer durch meine früheren Ausführungen überzeugt ist, wird in der Stelle nichts weiter ausgesprochen finden, als dass der geübte Zwang nicht nur Bestreitung der Giltigkeit des Testaments im Civilwege ermögliche — einerlei ob darin der Zwingende selbst oder andere (bezw. oder auch andere, wenn man die Lesart quoslibet alios vorzieht) zu Erben eingesetzt sind —, sondern auch criminelle Verfolgung des Zwingenden rechtfertige. Dass die civilis disceptatio auch gegen den un-

¹⁾ Vgl. Bas. 35, 4, 4: Ὁ ἀναγκάσας τινὰ ἢ ἑαυτὸν ἢ ἕτερόν τινα γράψαι κληρονόμον, ἐνάγεται χρηματικῶς καὶ ἐγκληματικῶς.

schuldigen Dritten durchgeführt werden kann, geht — immer vorausgesetzt, dass unsere früheren Ausführungen über deren Natur das Richtige treffen — aus der Stelle bei jeder Lesart hervor.

Sind die gewonnenen Ergebnisse auch für unser heutiges gemeines Recht verwendbar? Ich zweifle nicht daran. Natürlich können die Aufschlüsse, die wir mittels der Inscriptionen über das klassische Recht erlangt haben, nicht unmittelbar für das heutige Recht verwerthet werden. Allein, wie gezeigt, giebt der Inhalt des Digestentitels (29. 6) selber durchaus genügende Anhaltspunkte für die Entscheidung, sobald man nur erkannt hat, dass dieser Titel für den Fall „si prohibuerit“ nicht eine, sondern zwei Anordnungen enthält, die, was die Frage der analogen Ausdehnung angeht, getrennt behandelt werden dürfen und müssen. Im heutigen Recht ist hiernach das erzwungene Testament einfach als nichtig anzusehen.

IV.

Die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann.

Von

Herrn Gerichtsassessor Dr. Heck,
Privatdocenten in Berlin.

Nach der hergebrachten Meinung hat das klassische römische Recht zwei Arten der fiducia gekannt, die fiducia zu Pfandzwecken durch Eigenthumsübertragung an den Gläubiger, fiducia cum creditore contracta, Gläubigerfiducia, und die fiducia zu anderen Zwecken durch Eigenthumsübertragung an einen Vertrauensmann, fiducia cum amico contracta, Freundschaftsfiducia. Als Anwendungsgebiet der fiducia cum amico contracta werden theils alle Fälle gedacht, in denen manci-

patio oder in iure cessio unter Vorbehalt der späteren Rückgabe stattfand, theils diejenigen Verhältnisse, für welche im justinianischen Rechte die Gefälligkeitsverträge, Mandat, Depositum und Commodat bestimmt sind, theils ausschliesslich das Depositum¹⁾).

Nachstehend wird versucht darzuthun, dass auch die fiducia cum amico Pfandzwecken diene und dass eine Verwendung zu anderen als Pfandzwecken weder erweislich noch wahrscheinlich ist.

A. Die Verwendung der fiducia cum amico zu Pfandzwecken.

Die erste Behauptung wird gestützt erstens auf die Gajusstelle, zweitens auf zwei Interpolationen für fiducia cum

¹⁾ Vgl. Savigny, System 4 S. 244, 5 S. 517 (anscheinend bei jeder Remancipation; Puchta, Institutionen § 272 II, S. 349; Jhering, Geist des römischen Rechts 2², S. 531 (bei solennen Abreden); Dernburg, Pfandrecht 1, S. 10, Anm. 10 (u. a. das Depositum); Pernice, Labeo 1, S. 433 (fiducia depositi causa); Parerga Zschr. 9, S. 227, Anm. 6 (Deposit. und Commodat); Puntchart, Civilrecht d. Römer S. 283, Anm. 19 (Hinterlegung); Huschke, Ueber die usureceptio fiduciae, Zschr. für gesch. Rechtsw. 14, S. 229 ff., insbesondere S. 267 (Depositum); Rudorff, Ueber die baelische Fiduciartafel, Zschr. f. Rechtsgesch. II, S. 58 (ursprünglich ganz allgemein); Degenkolb, Für pactum fiduciae, Zschr. f. Rechtsgesch. 9, S. 172 (jedenfalls über das Pfandgeschäft hinaus); Karlowa, Rechtsgeschäft S. 195 (verschiedentlichste individuelle Zwecke); Kuntze, Institutionen § 551 (Depositum und Commodat); Scheuerl, Institutionen § 131 (Depositum); Hölder, Institutionen § 72 (Depositum und Commodat); Salkowski, Institutionen § 79, S. 193 (mannigfachste Rechtsgeschäfte) § 121, S. 245 (Depositum und Commodat); Czylharz, Institutionen S. 179 (Depositum); Sohm, Institutionen § 11, S. 34 (verschiedenartigste wirthschaftliche Zwecke, z. B. Depositum, Mandat, Commodat, Miethe), S. 261 (alle Contracte mit Rückgabepflicht); Ubbelohde, Zur Geschichte der unbenannten Realcontracte S. 45—87 (ursprünglich alle Fälle, in denen später ein bekannter Realcontract auf Rückgabe derselben Species anerkannt war); Esmarch, Rechtsgeschichte S. 136. 137 (Depositum, Commodat und ähnliches); Padeletti, Rechtsgeschichte, 1879, S. 153. 154 (Depositum und Commodat); Lenel, Quellenforschungen, diese Zschr. 3, S. 178 ff. (Manumissionszweck); Voigt, Ius naturale III, § 34, S. 197; XII Tafeln II, § 86, S. 176 ff. (Gefälligkeitsverträge u. a.); Jhering, Besitzwille S. 409, Anm. 3 (Stellvertretung, nicht Depositum).

amico und drittens, wenngleich in geringerem Grade, auf Eigenthümlichkeiten der spanischen Fiduciartafel.

I. Die Gajusstelle.

In den Quellen findet sich die Wortverbindung *fiducia cum amico* (sc. *contrahitur*) nur an einer einzigen Stelle. Gajus erwähnt in den Institutionen (II, 59. 60) unter den Fällen der *usucapio lucrativa* auch eine *usureceptio* mit folgenden Worten:

A(d)huc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui *fiduciae causa* mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit potest usucapere, anno scilicet, (etiam) soli si sit. qu(a)e species usucapionis dicitur *usureceptio*, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico quod tutius nostrae res apud eum essent*, si quidem cum amico contracta sit *fiducia*, sane omni modo competit *ususreceptio*: si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret: quo casu *lucrativa usucapio* competit.

Nach der hergebrachten Auslegung stellt Gajus in den hervorgehobenen Worten die *fiducia* zu Pfandzwecken und die Freundschafts*fiducia* einander als Gegensätze gegenüber, und ist zu „*tutius*“ hinzuzudenken „*quam apud nos*“, so dass der Freundschafts*fiducia* die Function des Depositum zufällt.

Gegen diese Auffassung lässt sich ein erhebliches Bedenken geltend machen.

Wenn die beiden Unterarten der *fiducia* sich durch ihren Zweck unterscheiden, so muss es auffallen, dass dieses ausschlaggebende Moment nirgends hervortritt. Nicht in dem Namen. Denn *fiducia cum creditore* und *cum amico* sind der Structur entnommen. Und nicht in den Worten des Juristen. Denn in dem ersten Theil der Gegenüberstellung sagt Gajus „*pignoris iure*“ und nicht „*pignoris causa*“, in dem zweiten „*quod essent*“ statt des so viel näher liegenden „*quo — sint*“.

Die Unvereinbarkeit des Wortlauts mit der hergebrachten Auslegung ist von Vertretern derselben anerkannt worden.

Huschke¹⁾ und Studemund²⁾ emendiren für „quod-essent“ ohne handschriftliche Grundlage „quo-sint“, und auch Lenel³⁾ be-ruft sich auf den emendirten Text.

Indessen die Emendation ist unnöthig. Der überlieferte Wortlaut giebt einen guten, allerdings abweichenden Sinn, sobald man die Worte des Juristen möglichst scharf, im Vergleich zu unserem modernen Redebrauch vielleicht subtil auffasst.

Gaius unterscheidet zwei Arten der fiducia und nennt den Zweck des Geschäfts nicht als Unterscheidungsmerkmal. Folgerecht ist anzunehmen, dass der Zweck bei beiden Arten derselbe war.

Als Merkmal genannt werden einmal die beteiligten Personen, so dass, wie unbestritten, in dem einen Falle der Gläubiger, in dem anderen der amicus mancipio accipiens ist. Zweitens hebt Gaius hervor die Rechtsstellung des Gläubigers und die Sicherung der mancipirten Sachen vor ungenannten Gefahren. Bei der fiducia cum creditore wurde der Gläubiger Eigenthümer der fiducia. Den schärfsten Gegensatz bildet für die fiducia cum amico die Betheiligung des Gläubigers, aber nicht als Eigenthümer. Bei der fiducia cum creditore war das Pfand in hohem Grade gefährdet durch die absolute Verfügungsgewalt des Gläubigers. Den schärfsten Gegensatz bildet für die fiducia cum amico die Sicherung des Pfandes gegen solche Gefahren, so dass zu tutius zu ergänzen sein würde „quam apud creditorem“.

Die vorstehenden Bedingungen werden erfüllt, wenn man annimmt, dass auch die fiducia cum amico Pfandsicherung bezweckte, aber nicht der Gläubiger, sondern eine gemeinsame Vertrauensperson, ein Salmann zum Eigenthümer des Pfandes gemacht wurde.

Dass auf diese Weise Pfandsicherung erreicht werden konnte, ist kaum zu bezweifeln. Es ist nicht überliefert, ob der Kreis der Bedingungen, an welche die Remancipation ge-

¹⁾ Huschke, *Iurisprudentia Anteustiniana*, Anm. 2. Iam in ipsa oratione posui „quo“ pro „quod C“ et postea „sint“ pro „essent“ C; nam alioquin sensus esset: quod putabamus, tutius nostras res apud eum fore: non satis aptus. — ²⁾ Studemund zu Gaius 2, 60. — ³⁾ Lenel, *Quellenforschungen*, diese Zschr. 3, S. 178, ebenso Jhering, *Besitzwille* S. 409, Anm. 3.

knüpft werden konnte, beschränkt war. Bei der *fiducia cum creditore* bestand die Bedingung in der Zahlung einer Schuld an den Gläubiger. Ist es nicht denkbar, dass auch bei der *fiducia cum amico* die Rückübertragung davon abhing, dass eine Schuld bezahlt wurde, nur nicht an den *amicus*, sondern an einen Dritten, den *creditor*?

Wird die Möglichkeit dieser Combination bejaht, so erscheint die Antithese der beiden Thatbestände bei Gaius scharf und fehlerfrei.

Als eine Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung führt Gaius an, dass dem Gläubiger gegenüber regelmässig, nämlich bei Miethe oder *precarium* des Schuldners, die *usureceptio* erst nach Bezahlung der Schuld, dem *amicus* gegenüber aber stets sofort eintrat.

Die *usureceptio* bot ein bequemes Mittel, die Umständlichkeit der Remancipation zu vermeiden.

Ihre Begünstigung bei der *fiducia cum amico* erklärt sich vom Standpunkte der hergebrachten Deutung aus dadurch¹⁾, dass der Freund kein eigenes Interesse an dem Eigenthum hat und deshalb durch seinen Verlust nicht geschädigt wird, während dies bei dem Gläubiger vor der Zahlung der Schuld der Fall sein würde. Indessen es werden zu der Freundschafts*fiducia* auch Geschäfte gerechnet, bei denen ein Interesse des Empfängers vorliegt, wie dies regelmässig beim *Commodat*, bei der Schenkung auf Lebenszeit und bei dem *Manumissionsgeschäft* zutrifft. In solchen Fällen versagt der angeführte Grund, und dennoch kennt Gaius keine Ausnahme.

Eine andere Erklärung bietet sich bei Einordnung der *fiducia cum amico* unter das Pfandgeschäft. Bei dieser Auffassung ist der Gläubiger gesichert durch die persönliche Haftung des *amicus*. Nicht er, sondern allein der *amicus* kann durch *usureceptio* verlieren. Unter dem *amicus mancipio accipiens* ist nicht ein persönlicher Bekannter, sondern ein Geschäftsfreund, wohl regelmässig ein *argentarius* zu denken. Diese Personen hatten in dem gewerbemässigen Betriebe ihrer Geschäfte Mittel genug, sich gegen eine nicht gewollte *usu-*

¹⁾ Vgl. Pernice, *Labeo* B. 2, S. 194. — ²⁾ Vgl. Rudorff, Ueber die baetische *Fiduciartafel*, *Zschr. f. Rechtsgeschichte* 11, S. 60.

receptio durch rechtzeitiges Eingreifen zu sichern. Andererseits musste es ihnen erwünscht sein, auch vor Zahlung der Schuld die im Grunde ihnen allein gestellte Sicherheit gegen eine andere ohne Zuziehung des Gläubigers und ohne Mancipationsform vertauschen zu können.

Freilich ist diese Hypothese ebenfalls unsicher. Aber ihre Möglichkeit zeigt, dass die verschiedene Normirung der usureceptio nicht ausreicht, um die herrschende Auslegung und Emendation der Gaiusstelle zu rechtfertigen.

II. Zwei Interpolationen für fiducia cum amico.

Die vorgeschlagene Deutung der Gaiusstelle wird wesentlich unterstützt durch zwei Digestenstellen: fr. 34 und fr. 39, Dig. de pign. act. 13, 7.

Fr. 34: Marcellus libro singulari responsorum.

Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor quia pecunia non solveretur *petit a creditore*, ut fundum certo pretio emptum haberet et cum impetrasset, epistulam qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit: quaero, an hanc venditionem debitor revocare possit offerendo sortem et usuras quae debentur. Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent, revocare non posse.

Fr. 39: Modestinus libro quarto responsorum.

Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum *Lucio Titio pignori dedit*: postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniae suae certo tempore possideret: verum ante expletum tempus creditor cum suprema sua ordinaret, testamento cavit, ut alter ex filiis suis haberet eum fundum et addidit „*quem de Lucio Titio emi*“ cum non emisset: hoc testamentum inter ceteros signavit et Gaius Seius, qui fuit debitor. quaero an ex hoc quod signavit praeiudicium aliquod sibi fecerit cum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet. Herennius Modestinus respondit contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur.

Beide Fragmente legen die Annahme nahe, dass *pignus* für *fiducia* interpolirt ist. In fr. 34 ist ebenso wie in fr. 8 eodem ein „eam“ stehen geblieben, das sich auf andere Weise nicht erklären lässt. In fr. 39 ist die Antwort Modestins „*contractui pignoris non obesse*“ verdachterregend. Bei ursprünglichem *pignus* hätte der Jurist auf die *rei vindicatio* des Schuldners eingehen müssen. Desshalb wird auch fr. 34 von Lenel¹⁾, fr. 39 von Eck²⁾ für interpolirt gehalten.

Beide Fragmente haben aber noch eine andere, weit auffallendere Eigenthümlichkeit gemein. Bei dem abgeschlossenen, bezw. behaupteten Pfandverkaufe wird dieselbe Person als Käufer und als Verkäufer genannt.

Nach den Eingangsworten von fr. 34 ist Titius Pfandgläubiger. Nach dem weiteren Inhalte steht der Gläubiger im Begriffe, zum Verkaufe des Pfandes zu schreiten, worauf Titius den Ankauf durch den Gläubiger vermittelt. Es ist ein höchst merkwürdiges Contrahiren in sich selbst, welches in dem *responsum* geschildert wird. Die Merkwürdigkeit lässt sich im Wege der Auslegung nur beseitigen, wenn man verschiedene Pfandgläubiger als vorhanden denkt. Dieser Ausweg ist aber aus materiellen und formellen Gründen nicht gangbar. Wenn Titius und der kaufende Gläubiger verschiedene Personen sind, so droht der eine mit dem Pfandverkaufe, während ihn der andere vollzieht. Es sind somit zwei verkaufsberechtigte Gläubiger gegeben, was nach römischem Recht den seltenen Fall einer vollständigen Gleichberechtigung voraussetzt. Dieses entscheidende Thatbestandsmoment würde in dem Fragmente nicht berührt sein. Sodann wird bei einem Pfandverkaufe an einen nachstehenden Gläubiger dem Schuldner ein Einlösungsrecht gegeben. Marcellus verneint es in fr. 34, ohne auf das gegenseitige Verhältniss der beiden Gläubiger überhaupt einzugehen. Noch gewichtiger sind die formellen Erwägungen. Die römischen Juristen beschäftigen sich oft genug mit den Verhandlungen zwischen mehreren Pfandgläubigern. Aber sie versäumen es nicht, die Personen scharf

¹⁾ Palingenesia I, S. 634. — ²⁾ Neue pompejanische Geschäftsurkunden, diese Zschr. 9, S. 75.

von einander zu trennen, zum Theil durch verschiedene Benennungen, mindestens durch Hervorhebung der gegenseitigen Rangstellung, als primus, secundus, prior oder posterior creditor, wie es der Bedeutung dieser Beziehung für die rechtliche Beurtheilung derartiger Sachlagen entspricht. In fr. 34 würde irgend eine Bezeichnung des Ranges vollständig fehlen und zugleich die Namengebung mindestens auffallend sein. Der Schuldner, welcher für die Erzählung des Sachverhalts gar nicht in Betracht kommt, ist als Sempronius hervorgehoben. Der angebliche zweite Gläubiger, dessen Unterscheidung von Titius so nothwendig war, geht ohne Namen aus. Ein solcher Verstoss gegen die Grundregeln juristischer Darstellung ist Marcellus nicht zuzutrauen. Es muss vielmehr anerkannt werden, dass nach dem Wortlaute der Stelle Titius und creditor identisch sind. Nun ist natürlich nicht anzunehmen, dass ein Consulent, wenn er den Verkauf des Pfandgläubigers an sich selbst schildern wollte, sich jemals der Ausdrücke petit und impetrasset bedient hätte. So dramatisch pflegt ein Beschluss nicht an die Aussenwelt zu treten. Noch weniger denkbar scheint es, dass Marcellus einen solchen Verkauf im Widerspruch mit den sonst von der römischen Jurisprudenz vertretenen Grundsätzen ohne weitere Begründung für bindend erklären konnte, während in fr. 34 auch die Gegenpartei an der formellen Geltung des Geschäfts nicht zweifelt und nur ein Einlösungsrecht des Schuldners behauptet.

Der Inhalt des fr. 34 ist somit auffallend. Noch auffallender die Uebereinstimmung mit fr. 39.

Auch in fr. 39 ist nach den Eingangsworten Lucius Titius Pfandgläubiger, während weiterhin der Gläubiger in seinem Testamente behauptet, das Pfand von Lucius Titius gekauft zu haben, also sich selbst als seinen Contrahenten nennt. Die Annahme verschiedener Pfandgläubiger ist aus denselben Gründen ausgeschlossen, wie bei fr. 34. Nur die namentliche Bezeichnung des Schuldners erklärt sich aus seiner activeren Rolle. Ebenso wenig ist es möglich, bei den Testamentsworten an einen anderen Lucius Titius zu denken¹⁾. Denn der That-

¹⁾ So Huschke, Das Schiffsdarlehen des Callimachus in Lindes Zschr. N. F. 10, S. 4, Anm. 3.

bestand der responsa ist regelmässig der Wirklichkeit entnommen, während die Namen fingirt sind. Im wirklichen Leben kommt es selten vor, dass gar nicht stattgehabte Vorgänge schlechthin erdichtet werden, zumal wenn dem Urheber kein Vorthail aus der Erdichtung erwachsen kann. Viel öfter werden thatsächliche Vorgänge von den Betheiligten, insbesondere von Laien, unrichtig aufgefasst oder unrichtig bezeichnet. Die zweite Eventualität liegt auch in dem Falle des fr. 39 sehr nahe. Eck¹⁾ bezieht den angeblichen Kaufvertrag auf die Mancipation der fiducia an den Gläubiger. Diese Deutung ist nicht thunlich, wenn man das Vorliegen einer fiducia cum creditore contracta verneint. Dernburg²⁾ hat die Aehnlichkeit des pactum über den Fruchtgenuss mit einem Kaufvertrage hervorgehoben. Die materielle Stellung des Gläubigers war in der That dieselbe, wie die eines Käufers auf Zeit. Ein Laie konnte sehr wohl auf den Gedanken kommen, das pactum als emptio zu bezeichnen. Zu Gunsten dieser Beziehung spricht die Gegenüberstellung von instrumentum venditionis und pactum, zu Gunsten einer missbräuchlichen Bezeichnung überhaupt die Wendung Modestins „in quo se emisse pignus expressit“. Die Contrahenten des pactum und des angeblichen Kaufvertrages sind daher identisch. In der That wäre es unverständlich, dass Modestin bei freier Wahl der Namen zwei verschiedene Personen gleich benannt, somit eine Verwechslung geradezu provocirt hätte. Andererseits ist es ebenso unmöglich, dass der Gläubiger einen Vertrag mit sich selbst gemeint hat. Zu all den Bedenken, die bei fr. 34 gewürdigt wurden, tritt noch ein weiteres. Kein Erblasser kann in demselben Satz von sich in der ersten und zugleich in der dritten Person reden. Wer sagt: „quem de Lucio Titio emi“, der will nicht mit sich, sondern mit einer zweiten Person contrahirt haben.

Der offenbare Widersinn hat zu Emendationsversuchen geführt. Insbesondere schlägt Mommsen in seiner Ausgabe der Digesten in fr. 34 für „a creditore“ vor „ab eo debitor“³⁾.

¹⁾ Neue pompejanische Geschäftsurkunden, diese Zschr. 9, S. 75. —

²⁾ Dernburg, Pfandrecht I, S. 184, Anm. 8. — ³⁾ Vgl. über andere Emendationen für fr. 34 Warnkönig im Archiv für civilistische Praxis B. 25, S. 84, Anm. 41.

Bei fr. 39 hat die Conjectur „de Gaio Seio“ für „de Lucio Titio“ von der Glosse bis in die neueste Zeit Vertheidiger gefunden¹⁾. Somit wird in beiden Fragmenten der Schuldner als Verkäufer gedacht und der gegenwärtige Zustand auf handschriftliche Corruption zurückgeführt.

Dieses Ergebniss findet scheinbar Bestätigung in den Basiliken, welche gleichfalls den Schuldner verkaufen lassen. Indessen auch den Verfassern der Basiliken mussten die Fragmente in ihrer heutigen Gestalt unverständlich vorkommen und zu der nächstliegenden Emendation Anlass geben.

Bedenken gegen den durch Emendation gewonnenen Rechtsatz bestehen in der That nicht, so lange man die beiden responsa auf pignus bezieht. Dagegen passen auch unter dieser Voraussetzung die vorgeschlagenen Abänderungen schlecht in den logischen Zusammenhang der Darstellung.

Selbst wenn in fr. 34 gelesen wird „petit ab eo debitor“, so ist doch durch die Vorstellung von „Titius“ vor „cum“ ein eigenthümliches Anakoluth gegeben, welches bei der Kürze des Satzes der Rechtfertigung entbehren muss. Sodann erscheint „creditor“ im zweiten Satze überflüssig und störend. Wenn Titius in den ersten Worten als Pfandgläubiger bezeichnet ist, so versteht es sich von selbst, dass er den Pfandverkauf in seiner Eigenschaft als Gläubiger vornimmt.

Auch in fr. 39 genügt die Einfügung der Worte „de Gaio Seio“ für „de Lucio Titio“ nicht. Denn in dem nachfolgenden Satze wird Gaius Seius mit den Worten eingeführt: „qui fuit debitor“. Aus dieser Wendung ist zu schliessen, dass er in den vorhergehenden Sätzen nur als Schuldner erwähnt worden war. Sobald von einer Person zwei getrennte That-sachen ausgesagt sind, kann eine einzige nicht mehr zur Kennzeichnung dieser Person verwendet werden, ohne zu Irrthümern Anlass zu geben.

Entscheidend ist der vollständige Mangel handschriftlicher Beglaubigung. Dass die Corruption bereits das Material betroffen hatte, welches den Compilatoren vorlag, ist nicht anzunehmen. Die beiden Stellen sind in ihrer heutigen Gestalt

¹⁾ Vgl. Dernburg, Pfandrecht I, S. 184, Anm. 8. Degenkolb, Ein Pactum fiduciae. Zschr. für Rechtsgeschichte 9, S. 121.

so unverständlich, dass eine Auswahl aus dem reichhaltigen Material behufs Einfügung in ein Sammelwerk unbegreiflich sein würde. Gegen eine spätere Veränderung spricht der handschriftliche Charakter der Florentina, insbesondere die Treue, mit welcher sie in fr. 34 selbst das „cam“ überliefert hat. Dazu tritt endlich die Erwägung, dass die angebliche Corruption zwar ganz verschiedene Worte betrifft, aber in beiden Fragmenten zu demselben widersinnigen Ergebnisse führt. Ein so merkwürdiges Spiel des Zufalls ist nicht denkbar.

Da oben aus anderen Gründen eine Interpolation für fiducia gefolgert wurde, so liegt es nahe, auch die Identität von Titius und creditor auf die Interpolation zurückzuführen.

Dies ist nicht möglich, wenn man an eine fiducia cum creditore denkt. Ja diese Reconstruction würde eine neue Schwierigkeit zu den bisherigen hinzufügen. In beiden Fragmenten ist es der Gläubiger, welcher die fiducia kauft oder gekauft haben will. Bei der fiducia cum creditore kann er aber das Pfand weder selbst noch durch eine persona interposita erwerben. Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts hinsichtlich der Behandlung von Geschäften an eigener Sache und wird von Paulus ausdrücklich bezeugt¹⁾. Marcell und Modestin konnten den Rechtsatz, selbst wenn sie ihn nicht billigten, unmöglich mit Stillschweigen übergehen.

Weil nun beide Fragmente auf fiducia zu deuten sind und eine fiducia cum creditore nicht vorliegt, so bleibt nur übrig die zweite Unterart der Pfandfiducia, die fiducia cum amico contracta in der oben gedachten Form.

Sobald die Fragmente auf dieses hypothetische Institut bezogen werden, lösen sich die Schwierigkeiten.

Titius bzw. Lucius Titius wird amicus mancipio accipiens, somit eine von dem creditor verschiedene Person. Seine Verhandlung mit dem letzteren erscheint durchaus natürlich, der Verkauf der fiducia zum mindesten formell statthaft.

Auch die Einzelheiten erklären sich befriedigend.

In fr. 34 steht der Pfandverkauf der fiducia bevor. Der amicus vermittelt aus eigener Initiative den Ankauf durch

¹⁾ Paulus sent. 2, 13, 3.

den Gläubiger und theilt dies dem Schuldner mit. Das Recht des letzteren auf Wiedereinlösung steht in Frage und wird von Marcellus nach Massgabe des Sachverhalts verneint. Dass der Gläubiger, obwohl er nicht Eigenthümer ist, verkaufen kann, darf ebensowenig auffallen als die gleiche Befugniß bei pignus und Hypothek. Der amicus andererseits ist als Eigenthümer legitimirt, das Pfand zu mancipiren, also einen Kaufvertrag zu erfüllen. Ob er dem Schuldner gegenüber befugt ist, wird in dem responsum nicht erörtert und ist für die gestellte Frage unerheblich. Dass der Schuldner ein Auslösungsrecht behauptet, erklärt sich, wie Lenel¹⁾ bemerkt, aus dem Rechte der Gläubigerfiducia. Nach Paulus²⁾ hatte der Schuldner das Recht der Einlösung, wenn der Gläubiger per interpositam personam erwarb. Es lag in späterer Zeit, als die Freundschaftsfiducia seltener wurde, nahe, den amicus als eine interposita persona aufzufassen. Ebenso verständlich ist die verneinende Antwort, die Marcellus giebt. Die römische Jurisprudenz unterschied sehr scharf, von wem die Mittelsperson herangezogen war³⁾. Es wäre höchst unbillig gewesen, den Schuldner gegen die Handlungen seines eigenen Vertrauensmannes zu schützen. Dass diese Erwägung der Entscheidung zu Grunde liegt, zeigt sich in dem Nachdrucke, mit welchem die Initiative des Titius durch die Worte „petere“ und „impetrasset“ hervorgehoben wird.

Die wörtliche Reconstruction des responsum ist nicht mit Sicherheit zu vollziehen. Doch gewähren Anhaltspunkte die namentliche Benennung des Schuldners, während dieselbe hinsichtlich des Creditors geboten war, sodann die etwas schleppe doppelte Coordination durch et und durch que. Vielleicht hat der Beginn des Fragments gelautet:

Titius, cum ob eam pecuniam, quam Sepronius credit, fiduciam accepisset, futurumque esset ut eam distraheret creditor u. s. w.

Bei fr. 39 könnte allenfalls das „pignus suum“ Bedenken erregen. Es liegt nahe, das suum durch Eigenthum an der fiducia zu erklären. Allein einmal ist die Bedeutung der Pos-

¹⁾ Palingenesia a. a. O. — ²⁾ Paulus sent. 2, 13, 3. — ³⁾ Vgl. fr. 11 § 7 D. de donat. i. v. e. u. 24, 1.

sessivpronomina keineswegs auf die Beziehung des Eigenthümers zu der ihm gehörigen Sache beschränkt. Sodann kann auch das *suum* von den Compilatoren herrühren. Es ist selbstverständlich und daher überflüssig, führt zu einem etwas störenden Gleichlaut mit *pecuniae suae* und stellt *pignus* und *pecunia* in eine unnöthige Antithese, wie sie bei den Compilatoren beliebt ist. Sonstige Schwierigkeiten sind nicht vorhanden. Dass bei dem Abschluss des *pactum* auch der Eigenthümer des Grundstücks der *amicus Lucius Titius* zugezogen wurde, kann nicht auffallen. Seine Betheiligung musste schon wegen der Vindicationsbefugniss wünschenswerth sein. Die Aeusserung des Gläubigers „*quem de Lucio Titio emi*“ lässt sich daher auf das erwähnte *pactum* beziehen. Die Erheblichkeit dieser Behauptung und einer etwaigen Verkaufsurkunde wird dadurch verständlich, dass wie fr. 34 zeigt, ein Verkauf durch den Fiduciar für den Schuldner bindend war. Andererseits ist anzunehmen, dass der *amicus* dem übereinstimmenden Willen der Parteien Rechnung zu tragen hatte. Desshalb konnten Zweifel darüber bestehen, ob nicht die angebliche Zustimmung des Schuldners durch Siegelung des Testaments seine vertragsmässigen Pflichten, den Inhalt des *contractus fiduciae*, beeinflusst habe. Diese Frage verneint Modestin, während natürlich von einer Vindication des Schuldners nicht die Rede sein konnte.

Die Reconstruction des Fragments ist einfacher und sicherer als bei fr. 34. Es genügt, *pignus* durch *fiducia* zu ersetzen und die Stellung des *Lucius Titius* durch das Beiwort *amicus* gekennzeichnet zu denken. Danach würden die Anfangsworte des *responsum* gelautet haben:

Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio *amico fiduciae* dedit —

und die Schlussworte:

contractui fiduciae non obesse quod debitor testamentum creditoris in quo se emisse fiduciam expressit, signasse proponitur.

Haben die beiden Fragmente ursprünglich den reconstruirten Inhalt gehabt, so erklärt sich ihr gegenwärtiger Zustand einfach durch ungeschickte und schablonenmässige Interpolation.

Die fiducia cum creditore war wohl immer die häufigere Form der fiducia. Dies ergibt sich schon daraus, dass von den zahlreichen Digestenstellen, bei denen pignus für fiducia interpolirt ist, soviel ich sehen kann, nur die zwei besprochenen die fiducia cum amico behandeln. Es ist wohl denkbar, dass bei Feststellung der Interpolationsgrundsätze diese Ausnahmeform übersehen und schlechthin die Anweisung ertheilt wurde, den fiduciae causa mancipio accipiens in einen Pfandgläubiger zu verwandeln. Dass auch in den beiden untersuchten Fragmenten dieses Verfahren befolgt und der sich ergebende Widersinn übersehen wurde, ist freilich ein Beweis übereilter Arbeit, aber gewiss kein gewichtigerer als das Stehenbleiben von eam in fr. 8, § 3, D. 13, 7 und in fr. 34 eodem.

Somit dürften fr. 34 und 39 nur durch die Annahme einer Pfandfiducia cum amico befriedigend zu erklären sein. Sie beweisen die Existenz dieses Rechtsinstituts und unterstützen die für die Gaiusstelle vorgeschlagene Auslegung. Andere Quellenstellen, bei denen sich eine Beziehung auf fiducia cum amico nachweisen lässt, sind mir nicht bekannt. Nur möglich ist eine Berücksichtigung in der spanischen Fiduciartafel.

III. Die spanische Fiduciartafel.

Die spanische Fiduciartafel ist wohl ein Formular¹⁾. Sie stellt genau wie die Formulare der fränkischen Zeit verschiedene Wendungen neben einander, welche nicht zur gleichzeitigen, sondern zur wahlweisen Anwendung bestimmt waren. Ansprechend ist die Vermuthung²⁾, dass die Tafel in einem Geschäftslocal ausgehängt wurde, wie heutzutage die Geschäftsbedingungen der grossen Banken und Geschäftshäuser. In der Gegenwart werden die Bedingungen auch gedruckt und durch Circular publicirt. Im Alterthum musste der Aushang eine noch grössere Bedeutung gewinnen.

¹⁾ So Krüger, Kritische Untersuchungen im Gebiet des römischen Rechts S. 44; Mommsen C. I. L. II, p. 700; Rudorff, Die baetische Fiduciartafel, Zschr. f. Rechtsgesch. 11, S. 77 ff.; Bruns, Fontes p. 251; Karlowa, Rechtsgeschichte S. 789. — ²⁾ Rudorff, a. a. O. S. 81.

Die Fiduciartafel enthält ein Zeugniß über *mancipatio nummo uno* und ein *pactum conventum*, von dem uns zwei Bestimmungen erhalten sind: erstens die Abrede, dass die *mancipirten* Gegenstände *fiducia* sein sollen (*pactum fiduciae*), und zweitens eine Verkaufserlaubniß (*pactum de vendendo*).

Der hiermit *pactum fiduciae* genannte Theil zeigt eine Eigenthümlichkeit. In dem Relativsatze „*quam pecuniam L. Baiano dedit dederit*“ u. s. w. fehlt das Subject, der Name des Gläubigers, ohne dass eine Lücke in der Buchstabenreihe vorhanden wäre.

Diese Eigenthümlichkeit ist bei Besprechung der Tafel hervorgehoben, durch leichtsinnige Abfassung erklärt und durch Emendation¹⁾ (Einschiebung von *Titius L.*) beseitigt worden. Indessen weder Vorwurf noch Emendation sind nothwendig. Das Fehlen des Gläubigernamens erklärt sich ziemlich einfach, sobald man annimmt, dass die Tafel auch für solche Fiduciageschäfte berechnet war, in denen der *mancipio accipiens L. Titius* nur als *amicus* mitwirkte.

Bei einer ausschliesslichen Berücksichtigung der *fiducia cum creditore* wäre es unbedenklich gewesen, *L. Titius* als Subject in den Satz „*quantam* u. s. w.“ aufzunehmen. Liess sich aber *Titius* die *fiducia* für die Forderung eines anderen *mancipiren*, so musste in der Urkunde dieser andere Subject werden. Für die Berücksichtigung derartiger Eventualitäten in einem Formular stehen zwei Wege offen. Es werden entweder verschiedene Namen wahlweise nebeneinander gestellt (*Lucius Titius vel Gaius Seius* u. s. w.), oder man lässt die Bezeichnung der Person einfach fort, um je nach Bedürfniss den passenden Namen einzusetzen. Dieses zweite Verfahren ist in der spanischen Fiduciartafel, wie offensichtlich, bereits bei Bezeichnung des *libripens* und des *antestatus* gewählt worden. Es scheint möglich, dass es auch in dem unmittelbar folgenden Satze beobachtet wurde, somit der Gläubiger nur deshalb nicht genannt ist, weil er bald *Lucius Titius*, bald eine mit dem Fiduciar nicht identische Person sein konnte.

¹⁾ Degenkolb, Ein *pactum fiduciae*, Zschr. für Rechtsgeschichte 9, S. 119, bezeichnet die Emendation als „unausweichlich geboten“; übereinstimmend Bruns in *Fontes* p. 251. Rudorff a. a. O. S. 78.

Diese Deutung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass als Contrahenten des *pactum conventum* Damas L. Titii servus und L. Baian. ausdrücklich genannt werden. Denn der *mancipio dans* und der *mancipio accipiens* waren auch bei der *fiducia cum amico* nothwendigerweise betheiligt. Der Name eines zugezogenen Gläubigers konnte ebenso leicht zu den Eingangsworten hinzugefügt, wie in den Relativsatz eingesetzt werden.

Bedenklicher scheinen die Worte, welche den Schluss des *pactum fiduciae* bilden: „*donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titii soluta liberataque esset*“. Dem Subjecte *pecunia* entspricht das Prädicat *soluta*, dem Subjecte *fides* das Prädicat *liberata*. Es sind dadurch zwei Beendigungsgründe der Pfandhaftung einander gegenübergestellt.

Da in dem Relativsatze auch die Verbürgung erwähnt wird, so liegt es nahe, die Antithese auf die Befriedigung des Gläubigers bzw. die Befreiung des Bürgen zu beziehen und aus der Benennung des Titius als Bürgen zu folgern, dass er oder sein Sklave auch in dem Relativsatze als alleiniges Subject gedacht war. Indessen nothwendig ist diese Auslegung nicht. Es ist möglich, auch bei dem Schlusssatze an die beiden im Relativsatze berücksichtigten Formen der *fiducia* zu denken und den Gegensatz von *pecunia soluta* und *fides liberata* auf die Befreiung des Pfandes aus den Händen des Gläubigers und des Vertrauensmannes zu deuten. Dass bei diesen Formen ein gewisser Gegensatz der Befreiungsgründe bestand, wird bereits durch die verschiedene Ausbildung der *usureceptio* nahe gelegt und ist aus inneren Gründen wahrscheinlich. Bei der *fiducia cum creditore* wurde, wie gerade die spanische Fiduciartafel beweist, die Pflicht zur Remancipation von der Zahlung der geschuldeten Geldsumme abhängig gemacht. Bei Aufnahme derselben Bedingung in ein *pactum fiduciae cum amico* hätte der Vertrauensmann nach wörtlicher Auslegung die Rückgabe weigern können, wenn die Parteien sich ohne Zahlung der Schuld über die Rückgabe des Pfandes geeinigt hatten. Es würde der vorsichtigen Wortwahl der alten Cautelarjurisprudenz entsprechen, wenn diese Möglichkeit in dem Formular vorausgesehen und bei Gebrauch durch

Einsetzung der Formel *donec fides persoluta liberata sit*, vermieden wurde.

Die vorstehende Auffassung des *pactum fiduciae* wird durch das *pactum de vendendo* einigermaßen bestätigt.

Aus fr. 34 cit. geht hervor, dass bei der *fiducia cum amico contracta* die Verkaufsbefugnis wenigstens in erster Linie dem Gläubiger, also nicht dem *amicus* zuzustehen pflegte. Es ist daher wahrscheinlich, dass der Gläubiger auch selbst mit dem Schuldner die Verkaufsbedingungen vereinbarte, während der Vertrauensmann sich verpflichtete, bei Ausbleiben seiner Befreiung die *fiducia* an den Pfandkäufer zu *mancipiren*. Ein *pactum de vendendo* in den Geschäftsbedingungen des Fiduciars kann daher nur für den Fall der *fiducia cum creditore* berechnet sein und würde bei Mitberücksichtigung der *fiducia cum amico* in einem *pactum de mancipando* sein Gegenstück finden müssen.

In der That fehlen dem überlieferten *pactum de vendendo* jene beiden Eigenthümlichkeiten, welche auf die *fiducia cum amico* hindeuten. *Lucius Titius* wird zweimal ausdrücklich als Gläubiger genannt und als Voraussetzung des Pfandverkaufs nur die *pecunia sua quaque die non soluta*, nicht die *fides non liberata*.

Ob das Formular noch ein *pactum de mancipando* enthielt, ist nicht zu entscheiden, da die Schlussworte nicht erhalten sind.

Hervorgehoben sei noch, dass die vorstehenden Erwägungen die Deutung auf *fiducia cum amico* nur erlauben, nicht erzwingen sollen. Sicherlich kann das Fehlen des Gläubigernamens auch auf Nachlässigkeit oder auf sprachlichen Eigenthümlichkeiten beruhen. Nur die Möglichkeit einer anderen Erklärung wird behauptet.

IV. Einzelheiten und praktische Bedeutung.

Die Einzelheiten des hypothetischen Rechtsinstituts lassen sich auf Grund des vorstehenden Materials nur theilweise gegenwärtigen.

Mit der Gläubigerfiducia gemeinsam war die Eingehung durch in iure cessio oder mancipatio fiduciae causa, die Uebertragung des Eigenthums an den *mancipio accipiens* und die

Verhaftung des letzteren gegenüber dem Mancipanten. Abweichend und bemerkenswerth erscheint die Gebundenheit des amicus gegenüber dem Gläubiger. Die That-
sache der Gebundenheit wird zwar nicht durch Quellenzeugnisse, aber durch die Existenz des Rechtsinstituts bewiesen. Eine Sicherung des Gläubigers auf diesem Wege konnte nur erreicht werden, wenn der Vertrauensmann ihm gegenüber zur Zurückbehaltung der fiducia bzw. zu der Mancipation an den Pfandkäufer verpflichtet war. Zweifelhaft ist die juristische Construction dieser Beziehung. Man könnte allenfalls an einen Vertrag zu Gunsten Dritter denken. Einfacher ist die Annahme, dass der Gläubiger bei dem pactum conventum als Contrahent mitwirkte und dadurch in eigener Person sich Rechte erwarb. In fr. 39 wird nach der versuchten Reconstruction eine nachträgliche Abrede zu Dreien erwähnt. Es liegt kein Grund vor, wesshalb eine solche nicht bereits bei Vornahme der Mancipation erfolgen konnte. Wie dem auch sein mag, jedenfalls nöthigt der Nachweis der Pfandfiducia mit Vertrauensmann zu dem Schluss, dass ausser dem Mancipanten und dem Empfänger noch ein Dritter Rechte aus dem pactum conventum erwerben konnte. Dadurch ist vielleicht eine neue Erklärung für die mehrfache Verpfändung einer Fiducia ermöglicht. Es ist bezweifelt worden, ob die Verpfändung an mehrere Gläubiger nach dem Rechte der fiducia überhaupt geschehen konnte. Ja es wird dieser angebliche Mangel dazu benutzt, das Zurückweichen der fiducia vor den neueren Instituten des Pfandrechts zu erklären¹⁾. Nun bietet sich, abgesehen von der Verpfändung von partes indivisae oder der actio fiduciae auf die hyperocha noch folgende Combination. Wenn der Empfänger zu Gunsten eines andern als des Mancipanten verpflichtet werden konnte, so stand nichts der Abrede im Wege, dass der Gläubiger-Eigenthümer die hyperocha an einen anderen Gläubiger ausliefern oder ihm eventuell gegen Zahlung seiner eigenen Schuld das Pfand mancipiren solle. Ein derartiger minder berechtigter Gläubiger war dann bis zu einem gewissen Grade gesichert. Allerdings war er nicht Eigenthümer; auch bildeten seine Be-

¹⁾ Puchla, Institutionen § 247, S. 251.

fugnisse kein dingliches Recht. Seine Stellung bis zu dem Verkaufe der fiducia konnte mit den Worten gekennzeichnet werden, welche Marcian in fr. 12, § 9 D. qui potiores 20, 4 in Bezug auf pignus und hypotheca gebraucht: „Et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et in loco eius succedat“.

Die versuchte Deutung der spanischen Fiduciartafel lässt es möglich erscheinen, dass die Gebundenheit des amicus als „fides persoluta“ bezeichnet wurde und dass sie bis zu einer liberatio fort dauerte. Ob letztere nur durch Erklärung des Gläubigers oder auch durch Befriedigung bewirkt wurde, ist nicht zu entscheiden. Im Falle der Befreiung erfolgte Remancipation, welche durch einjährige usureceptio ersetzt werden konnte.

Wurde die Schuld nicht gezahlt, so stand, wie aus fr. 34 hervorgeht, dem Gläubiger ein Verkaufsrecht zu. Er konnte aber auch in Abweichung von dem Recht der Gläubigerfiducia das Pfand selbst ankaufen, sofern der Vertrauensmann dazu bereit war. Dieser Stellung des Gläubigers entsprechend ist anzunehmen, dass er in erster Linie und nur ausnahmsweise der amicus auf die Herausgabe der hyperocha haftete. Eine Sicherung mehrerer Gläubiger ist denkbar, ohne dass sich Näheres feststellen liesse.

Die praktische Bedeutung der Pfandfiducia mit Vertrauensmann liegt sehr nahe und ist bereits berührt worden. Die Gläubigerfiducia verlieh dem creditor eine Machtstellung, welche den Schuldner gefährdete ¹⁾. Das Pfand konnte dem Schuldner durch Veräußerung entzogen werden; es gehörte zur Concursmasse des Gläubigers. Im geschäftlichen Verkehr ist man nicht immer in der Lage, seinen Gläubiger frei zu wählen. War derselbe eine weniger vertrauenswürdige Person, so bot die fiducia cum amico ein für beide Theile annehmbares Mittel der Sicherung. Diese Garantie war ein ausreichender Grund für das Bestehen dieser Geschäftsform und thatsächlich für ihre Wahl im concreten Falle entscheidend. „Sed fiducia contrahitur — cum amico quod tutius res nostrae apud eum essent“.

¹⁾ Dernburg, Pfandrecht I, S. 17. Sohm, Institutionen § 59, S. 245.

Mit Rücksicht auf die allgemeine Stellung der argentarii ist es nicht unwahrscheinlich, dass sie vorzugsweise als amici gewählt wurden, demnach an der Verwerthung des Realcredits nicht nur als Gläubiger, sondern auch als Vermittler betheiligt waren. Eine solche Thätigkeit musste in hohem Grade ihre Kenntniss der Immobilienverhältnisse begünstigen und dadurch die Garantie verstärken, welche ihre Mitwirkung dem Gläubiger hinsichtlich der Rechtsstellung des Schuldners gewährte. Es lässt sich denken, dass die Bezeichnung „lebendiges Grundbuch“, welche Heusler für den ständigen Salmann des altbayrischen Rechts gewählt hat ¹⁾, auch für die römischen amici zutraf. Hält man diese Stellung der argentarii für möglich, so öffnet sich der Ausblick auf eine Gestaltung des Creditverkehrs, welche selbst hochgehenden Ansprüchen genügen konnte.

Zum Schluss sei bemerkt, dass der Grundgedanke der fiducia cum amico, die Pfandsicherung durch Zuziehung eines Unparteiischen, nicht auf diese Rechtsform beschränkt ist. Die fiducia cum amico findet ihr Gegenstück in dem römischen „pignus dare cum aliquo“ ²⁾, in dem „Pant to triuver Hant“ deutscher Urkunden ³⁾ und in der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung des heutigen Rechts.

B. Die angebliche Verwendung der fiducia cum amico zu anderen als Pfandzwecken.

Die Verwendung der fiducia cum amico contracta für andere als Pfandzwecke kann gestützt werden erstens auf einen weiteren Sprachgebrauch, zweitens auf einen bei Boethius sich findenden Ausspruch und drittens auf 16 Digestenfragmente, bei denen eine Interpolation für fiducia cum amico oder eine ursprüngliche Beziehung auf dieses Institut angenommen wird.

¹⁾ Heusler, Institutionen I, S. 222. — ²⁾ Demelius, Plautinische Studien, Zeitschrift für Rechtsgeschichte II, S. 228, aber auch Dernburg, Pfandrecht I, S. 50. — ³⁾ Vgl. Urkunde Nr. 178 bei Höfer, Urkundenbuch: „Dit selve Pant hat — gheantwort den — to triuver Hant. Dasselbst Nr. 195: „Das Phant soll inneme von unser beyder Weghen .“. Stobbe, Ueber die Salmannen in Zschr. f. Rechtsgesch. VII, S. 405 ff., 420.

I. Die Bedeutung des Wortes fiducia und der abgeleiteten Ausdrücke.

a) Vorkommen.

Im allgemeinen bedeutet fiducia „sicheres Vertrauen, Zuversicht und Zuversichtlichkeit, Sicherheit, auch Selbstvertrauen, Muth, Beherztheit und Zuverlässigkeit“. Es findet sich in dieser untechnischen Bedeutung auch bei juristischen Schriftstellern¹⁾.

Ferner bezeichnet fiduciarius „übertragen, anvertraut“ (urbem velut fiduciarium dare Livius 32, 38, 2, fiduciarium operam Caesar Bell. Civil. 2, 172, fiduciarium regnum Auct. Bell. Alex. 23, 2, fiduciarium imperium Curt. 5, 9).

Eine technische juristische Bedeutung hat das Wort auf zwei getrennten Gebieten.

I. Einmal liefert es mehrere Bezeichnungen für Verhältnisse des Familien- und Erbrechts.

Bei Gaius wird der coemptio matrimonii causa eine coemptio fiduciae causa²⁾ oder coemptio fiduciaria gegenübergestellt, welche Remancipation an einen Dritten und Freilassung durch denselben bezweckte. Die Manumission hatte für den Freilassenden den Erwerb einer tutela fiduciaria³⁾, für die Frau Befreiung von der Agnatentutel und testamenti-factio zur Folge. Der Freilassende heisst tutor fiduciarius⁴⁾. Dieselbe Bezeichnung kommt auch demjenigen zu, der ein Hauskind freilässt⁵⁾, und desshalb definiert Gaius⁶⁾ in Uebereinstimmung mit Ulpian⁷⁾ die „tutela fiduciariae“ als diejenigen, „quae ideo nobis competunt, quia liberum caput mancipatum nobis vel a parente vel a coemptiomatore manumiserimus“. Die Rechtsstellung des parens, welchem sein Kind

¹⁾ Bei Pomponius fr. 2 D. de origine iuris 1, 2: „fiducia doctrinae, fiduciam sui“, ferner fr. 43 D. heredi causa 40, 12: „fiducia libertatis“, bei Papinian fr. 30, § 6 de neg. gest. D. 3, 5: „fiducia pietatis“, bei Paulus fr. 41, 1 D. de lib. car. 40, 12: „fiducia libertatis“, bei Ulpian fr. 14 D. de probat. 22, 3: „fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationes“. — ²⁾ Gaius, Inst. 2, 114. 115. — ³⁾ Gaius 1, § 115. § 195b. — ⁴⁾ Gaius a. a. O. — ⁵⁾ Gaius 1, § 166a, § 172, § 194. — ⁶⁾ Gaius 1, § 166a. — ⁷⁾ Ulpiani Fragmenta XI, § 5.

vor der Freilassung remancipirt wurde, so dass er selbst als Freilasser fungirte, nennt Gaius tutela legitima ¹⁾. Von seinen Kindern sagt er ¹⁾, dass sie fiduciarii tutoris loco numerantur.

Zweifelhaft ist die Bedeutung von fiducia in fr. 1, § 15 D. ad S. C. Tertull. 38, 17:

Ulpianus l. XIII ad Sab. Sed neque avus neque pro-
avus in Tertulliano matri nocent, quamvis *fiduciam contraxerint*.

Es ist möglich, dass Ulpian an eine Emancipation des in grossväterlicher Gewalt sich befindenden Enkelkindes durch den Gewalthaber gedacht hat. Dann würde fiduciam contrahere zu deuten sein auf die Abrede der schliesslichen Remancipation, welche dem Gewalthaber die Rechtsstellung des Manumissor verschaffte, somit eine Uebereinstimmung mit dem für die justinianischen Quellen bezeugten Sprachgebrauche vorliegen. Es ist aber ebenso denkbar und vielleicht noch wahrscheinlicher, dass in dem Fragmente eine tutela fiduciaria des Grossvaters gemeint ist. Dann würde fiducia stehen für fiduciaria tutela, wie dies wahrscheinlich in der coemptio fiduciae causa der Fall ist.

Zu Gunsten der zweiten Auslegung spricht, dass nach Ulpians Definition eine fiduciaria tutela nur vorliegt, wenn die schliessliche Remancipation unterblieben ist, somit eine fiducia contracta nach späterem Sprachgebrauche fehlt.

Uebrigens ist die Aechtheit der Stelle durchaus nicht unzweifelhaft; ein sich unmittelbar anschliessender Satz: verius enim u. s. w. scheint interpolirt zu sein.

Die Quellen der späteren Kaiserzeit zeigen eine Veränderung, man möchte beinahe sagen Verwirrung der Terminologie.

Der westgothische Gaius ²⁾ nennt in Abweichung von dem Original denjenigen, welchem ein Hauskind mancipirt wird, pater fiduciarius. In dem Codex Theodosianus C. 3 de leg. hered. 5, 1 wird die Tutel des mancipirenden Gewalthabers als fiducia bezeichnet, aber anscheinend nicht nur die tutela fiduciaria, sondern auch die legitima:

Quoties de emancipatae filiae successione tractatur seu eam *fiducia* nomen abstrinxit, seu etiam nulla comitantur suffragia liberorum

¹⁾ Gaius 1, § 175. — ²⁾ Tit. 6, § 3.

Zur Erläuterung bemerkt die Interpretatio: *filia, quam fiduciatam nominavit, hoc est emancipatam*. Ferner sind nach den Institutionen die Söhne des *pareus manumissor fiduciarii tutores*¹⁾, während die früheren Fälle der *fiduciaria tutela* im justinianischen Rechte beseitigt sind.

Endlich nennen die Institutionen nach Vorgang eines justinianischen Gesetzes²⁾ schlechthin die Abrede der schliesslichen Remancipation *fiducia*; vgl. Inst. III, 2, § 8:

Ad legitimam successionem nihilo minus vocatur etiam parens qui *contracta fiducia* filium vel filiam, nepotem vel neptem ac deinceps emancipat, quod ex nostra constitutione³⁾ omnimodo inducitur ut emancipationes liberorum semper videantur *contracta fiducia* fieri, cum apud antiquos non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter *contracta fiducia* parens manumisisset.

Nach dieser in J. III, 9, § 4 wiederkehrenden Darstellung liegt eine *fiducia* vor, wenn nach Gaius und Ulpian nicht eine *fiduciaria tutela*, sondern eine legitima eintritt. Die Veränderung des Sprachgebrauchs spricht für die zwischenzeitliche Identifizierung der legitima und der *fiduciaria tutela* und ist vielleicht durch Missverständniss der pfandrechtlichen Terminologie zu erklären.

Im Erbrecht finden sich die bekannten Ausdrücke *heres fiduciarius*⁴⁾ und *hereditas fiduciaria*⁵⁾.

II. Auf dem Gebiete des Pfandrechts bezeichnet *fiducia* sowohl das Geschäft der Pfandsicherung⁶⁾, als den verpfändeten Gegenstand⁷⁾. Die Handlung des Verpfändens wird

¹⁾ Inst. 1, 18: de *fiduciaria tutela*. — ²⁾ Const. 4, § 25 Cod. de bonis libert. 6, 4: *ὡςανείδοιτο contracta fiducia τῆς emancipationis γυγενῆσθαι*. — ³⁾ C. 6, C. de emanc. liber. 8, 48. — ⁴⁾ Fr. 46, fr. 49 pr. D. ad S. C. Treb. 36, 1. — ⁵⁾ Fr. 9, § 1 D. de reb. cred. 12, 1; fr. 46 D. ad S. C. Treb. 36, 1. — ⁶⁾ Vgl. Spanische Fiduciartafel: „*fidi fiduciae causa mancipio accepit*“; ferner Gaius, Institutionen: *fiducia contrahitur* 2, 60, (creditori) *fiduciae causa mancipio dare* 2, 59, 2, § 220. 3, § 201. Paulus, sententiae: „*causa fiduciae finiri non potest*“ 2, 13; *fiduciae dare* 2, 13. 3, 6. 5, 1. Fragm. Vat. 94: „(ex causa) *fiduciae ablati* est“. Papinian: „*ne fiduciae daretur*“. Fragm. Vat. 252: „*fiduciae obligatio*“ l. 9 C. Th. de inf. 15, 14; vgl. auch Götz und Gundermann, Glossae, Leipzig 1888, S. 71. 466. — ⁷⁾ Vgl. Spanische Fiduciartafel „*is fundus eaque mancipia fiducia essent*“. Cicero pro Flacco 51: „*fiducia tamen accepta — hanc fiduciam commissam tibi dicis*“. Paulus, sententiae 1, 9. 2, 13. 2, 17. 5, 26 und in Consultatio Cap. VI, Lib. II.

von älteren Juristen wiedergegeben mit *fiduciae causa mancipio dare* bzw. in *iure cedere*, von späteren mit *fiduciae dare*^{1,2)}. Die Pfandklage heisst *actio* oder *iudicium fiduciae*³⁾. Das Eigenschaftswort *fiduciarius* drückt bei Paulus⁴⁾ aus, dass eine Sache in der Form der *fiducia* verpfändet ist. Dagegen findet sich der Ausdruck *creditor fiduciarius*, soweit ich sehen kann, in den Quellen nicht⁵⁾.

Ausschliesslich dem Pfandrecht gehört an das Verbum *fiduciare*, gleich verpfänden, welches auf Grabinschriften⁶⁾, bei Tertullian⁷⁾ und in späteren Rechtsquellen⁸⁾ vorkommt.

Ohne genau erkennbare Beziehung wird das Wort *fiducia* an zwei Stellen der *Fragmenta Vaticana*⁹⁾, die nicht lesbar sind, und einige Mal bei Cicero¹⁰⁾ gebraucht, sodann *iudicium* bzw. *actio fiduciae* unter den *iudicia bonae fidei*¹¹⁾, den infamirenden¹²⁾ und denjenigen Klagen aufgeführt, deren formula ohne Fiction concipirt war^{13,14)}.

Eine Beziehung auf ein anderes als Pfandgeschäft lässt

¹⁾ Vgl. ausser den Citaten aus Gaius und Paulus Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten diese Zeitschrift 7, S. 46 — 48. —

²⁾ Im übrigen sind die Fragmente, bei denen eine Interpolation für *fiducia cum creditore* vorliegt, bei der Darstellung des Sprachgebrauchs nicht berücksichtigt worden, weil die Reconstruction zu unsicher ist. —

³⁾ Vgl. Paulus, *sententiae* 2, 13: „*fiduciae actio*“ und „*fiduciae iudicium*“; ferner Modestin in *Collatio* X, cap. II, §§ 2 und 3; vgl. S. 106. —

⁴⁾ Vgl. Paulus, *sententiae* 2, 13: „*servus fiduciarius*“ und „*res fiduciaria*“. —

⁵⁾ Eine Glosse „*fiduciarius: qui alienam rem fiducialiter accipit*“, welche von Voigt (XII Tafeln 2, S. 109, Anm. 7) mit Salemo gloss., von Brissonius mit glossa Palaemonis citirt ist, war mir nicht zugänglich, würde aber nur beweiskräftig sein, wenn gerade ein *creditor fiduciarius* gemeint wäre. — ⁶⁾ Vgl. Bruns, *Fontes* II, 15, 1, Nr. 7, S. 307: „*ne veneat, ne fiduciare liceat,*“ Dasselbst Nr. 8: „*ea condicione, ne fiducient, ne vendent*. Beide Steine sind in Rom gefunden worden. — ⁷⁾ Tertullian *de idololatria* 23: „*sub pignoribus fiduciati*“. — ⁸⁾ Ducange sub voce *fiducia* und *infiduciare*, weitere Anführungen bei Rudorff, Ueber die baetische Fiduciar-tafel, *Zschr. f. Rechtsgesch.* Bd. 11, S. 65, Anm. 7. — ⁹⁾ Fr. 18 (wahrscheinlich Pfandgeschäft und Pfandklage) und fr. 37. — ¹⁰⁾ Cicero *de offic.* III, 15 und 17, *Caecina* 7: „*per fiduciae rationem fraudare*“, *Topic.* 10, 42: „*qui fiduciam accepit*“. *De nat. Deor.* 3, 30, 74, *ad famil.* 7, 12, 2. —

¹¹⁾ So indirect Cicero *de off.* III, a. a. O. Gaius, *Institutionen* 4, § 62. —

¹²⁾ Cicero *Caecina* 7, *Qu. Roscio* 12; Gaius 4, § 182. *Lex Iulia municipalis* 1, 11 (25), *Fontes* p. 101. — ¹³⁾ Gaius 4, § 33. — ¹⁴⁾ Ohne er-

kennbare Beziehung findet sich *actionem fiduciae* in *Fragm. Vatic.* Nr. 334, vgl. S. 117 d. *Ztschr.*

sich für die *actio fiduciae* nicht nachweisen, auch nicht durch Rückschluss aus Collat. II, Cap. III: Papinianus libro definitionum secundo sub titulo de iudicatis:

Per hominem *liberum* noxae deditum si tantum adquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a praetore, qui noxae deditum accepit: *sed fiduciae iudicio non tenetur*.

Der Rückschluss aus der Verneinung der Klage lässt sie nach der Wortstellung statthaft erscheinen, nicht, wie Ubbe-lohde¹⁾ annimmt, bei der *mancipatio voluntaria*, sondern bei der noxae deditio eines Sklaven. Die noxae deditio auf Zeit lässt sich aber als Pfandsicherung auffassen, vgl. Gaius I, 140: „nam hunc actor pro pecunia habet“.

Für den in der modernen Litteratur oft gebrauchten²⁾ Ausdruck *pactum* oder *lex fiduciae* ist mir keine Belegstelle³⁾ bekannt.⁴⁾ Doch ist selbstverständlich gegen Bildung und Gebrauch nichts einzuwenden.

b) Einheitliche Ableitung und Folgerungen.

Dieser Sprachgebrauch legt es nahe, die verschiedenen Rechtsausdrücke auf einen einheitlichen Gedanken zurückzuführen, in ihnen einzelne Anwendungen eines allgemeineren Rechtsinstituts zu finden.

Als gemeinsames Moment ist die vertrauliche Abrede hervorgehoben worden, welche zu einer formellen Rechtsübertragung hinzutretend, besondere Rechte und Pflichten begründe. Diese Abrede, so wird weiter angenommen, habe ursprünglich die Bezeichnung *fiducia* getragen⁴⁾ und dadurch

¹⁾ Zur Geschichte der benannten Realcontracte S. 55, Anm. 58. —

²⁾ Vgl. z. B. Esmarch, Rechtsgeschichte S. 136: „diejenige Geschäftsfigur —, die unter dem Namen *lex* oder *pactum fiduciae* im Rechtsleben der damaligen Zeit eine höchst wichtige Rolle spielte“. —

³⁾ Gaius I, 140. 172 nennt zwar, wie Geib, *Actio fiduciae* und Realvertrag, diese Zeitschrift 8, S. 118, hervorhebt, die Abrede der Remancipation des mancipirten Hauskindes „*lex*“, aber weder *lex fiduciae* noch *fiducia*. — ⁴⁾ Vgl. Conradi, De pacto fiduciae, Exerc. I; Helmstädt 1732, § 2 (unter Berufung auf Boethius); Glück, Bd. 14, S. 9 (weil besonders auf die Treue des Gläubigers gestellt); Puchta, Institutionen § 247, II, S. 246 (Abrede der Remancipation); Savigny, System Bd. V, S. 517; Huschke, Zeitschrift für geschichtliche Rechts-

die weitere Anwendung des Wortes und seiner Ableitungen vermittelt. Unterstützt wird die Annahme einmal durch die Bedeutung von contracta fiducia in Institutionen und Codex, sodann aber durch die Ableitung, welche Boethius giebt.

„Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco quod restituendi fides interponitur.“

Von der gewonnenen Grundlage aus ergeben sich Folgerungen.

I. Ist fiducia ein Abkommen, so ist actio fiduciae die Klage auf Einhaltung der vertraulichen Abrede bzw. wegen Bruchs derselben. Damit würde die infamirende Wirkung und der Nachdruck stimmen, den Cicero bei der Würdigung des iudicium fiduciae auf die Verletzung der fides legt ¹⁾).

II. Ferner ist es klar, dass vertrauliche Abreden bei Gelegenheit einer Rechtsübertragung noch in anderen Fällen vorkommen als in den angeführten. Es liegt daher nahe, auch dem contractus fiduciae ein ursprünglich weiteres Gebiet zuzuweisen, wofür dann wiederum die hergebrachte Auslegung der Gaiusstelle, Boethius und die vermutheten Interpolationen Bestätigung erbringen.

So sehr dieser Gedankenbau anmuthet, so ist doch seine Grundlage eine unsichere. Die Bezeichnung der Abrede als fiducia ist für die klassische Jurisprudenz nicht erweislich. Das Zeugniß der justinianischen Quellen steht mit dem älteren Sprachgebrauche in Widerspruch. Boethius kann, wie unten zu zeigen ist, hinsichtlich der fiducia keine Autorität beanspruchen.

Sodann ist bei der Erklärung technischer Ausdrücke stets die Anlehnung an den allgemeinen Sprachgebrauch wünschenswerth. Dieser Zusammenhang ist nicht an eine Vermittelung

wissenschaft 14, S. 230, 42; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 195 (= Beredung der Remancipation); Dernburg, Pfandrecht Bd. 1, S. 9; Puntchart, Civilrecht der Römer S. 280; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 195 (fiducia ist die Abrede, dass remancipirt werden soll); Marezoll, Institutionen § 89, S. 221; Ubbelohde, Zur Geschichte der benannten Realcontracte S. 55; Salkowski, Institutionen § 79, S. 193 (fid. d. i. der formlose Nebenvertrag); Padeletti, Römische Rechtsgeschichte S. 154 (Nebenabrede); Sohm, Institutionen S. 39 (fiducia ist die Treuhänder-Clausel). Voigt, XII Tafeln S. 166.

¹⁾ Cicero de off. III, 17, § 70, Qu. Rosc. 116, Caecina 7.

durch das sog. *pactum fiduciae* gebunden. Er wird für die nachweisbaren Rechtsausdrücke viel einfacher und unmittelbarer hergestellt, sobald man die Hypothese des einheitlichen Ursprungs fallen lässt und es für möglich hält, dass ein und derselbe Wortstamm auf zwei verschiedenen Wegen Bezeichnungen für das Rechtsleben geliefert hat.

c) Getrennte Ableitung und Folgerungen.

Auf dem Gebiete des Familien- und Erbrechts steht dem Zusammenhange des angeblichen *pactums* mit der Terminologie entgegen, dass Gaius *matrimonii causa* und *fiduciae causa* als Gegensätze behandelt. Eine vertrauliche Abrede kann aber nur als Mittel, nicht als Zweck eines Geschäfts gedacht werden. Ferner nennt Gaius nicht den Coemptionator Fiduciar, sondern denjenigen, an welchen die Frau behufs Freilassung mancipirt wird, obgleich das sog. *pactum fiduciae* doch in erster Linie mit dem Coemptionator geschlossen wurde. Endlich steht es fest, dass bei dem Universalfideicommiss weder Mancipation noch Vertrauensabrede vorkam, während sich die Bezeichnungen *fiduciarius* und *fiduciaria* finden. Eine Parallele zwischen *mancipatio* und *pactum* einerseits, Erbenstellung und Fideicommiss andererseits ist deshalb nicht ausreichend, weil sie auch beim Singularfideicommiss zutrifft, während die fraglichen Rechtsausdrücke fehlen. Es muss deshalb ein anderes Element sein, das den drei Verhältnissen gemeinsam ist. In der That wird sowohl dem Coemptionator als dem *tutor fiduciarius* und dem Erbschaftsfiduciar ein Recht übertragen, das sie nicht um ihrer selbst, sondern um eines anderen willen erwerben und ausüben sollen, das ihnen zusteht, nicht wie ein eigenes, sondern wie ein fremdes, ihnen anvertrautes Gut. Das Haben in fremdem Interesse im Gegensatz zu dem eigenen wird auch von nicht juristischen Schriftstellern durch das Wort *fiduciarius* ausgedrückt. Seine Verwendung im Familien- und Erbrecht zur Zeit der klassischen Jurisprudenz entspricht daher der allgemeinen Bedeutung.

Eine technische Abweichung enthält freilich die Bezeichnung der Tutel selbst als *fiducia*, wie sie in den Ausdrücken *coemptio fiduciae causa*, *fiduciam contrahere* und *fiduciae nomen* zu liegen scheint. Doch ist der Uebergang zu dieser Bedeu-

tung mit Rücksicht auf den Charakter der Tutel nicht gewagter als bei der zuerst besprochenen Ableitung. Der Sprachgebrauch der justinianischen Quellen geht allerdings über die vorstehende Gedankenfolge hinaus. Er scheint auf der Mitberücksichtigung der pfandrechtlichen Terminologie und bereits auf dem Bedürfnisse zu beruhen, die überlieferten Rechtsausdrücke einheitlich aufzufassen.

Auf dem Gebiete des Pfandrechts ist sowohl die Ableitung aus dem pactum als der Gesichtspunkt des Anvertrauens möglich. Aber beide Hypothesen würden den Namen des Geschäfts nicht von seinem Hauptzweck, der Pfandsicherung, sondern von einem secundären Moment, den Grenzen des gewährten Rechts, ableiten. Dieser Mangel ist von Puchta¹⁾ empfunden worden. Er beruft sich auf den Sinn der Römer für Freiheit des Eigenthums, der die Pflicht zur Rückübertragung auffallend erscheinen liess, und fährt fort: „So erklärt sich, dass man die Verpfändung nicht von der dem Gläubiger eingeräumten Gewalt (wie man erwarten sollte), sondern von der dem Schuldner vorbehaltenen Befugnis und der Verabredung, die sie gab, dass man sie fiducia nannte.“ Da eine obligatorische Verpflichtung die Freiheit des Eigenthums nicht beeinträchtigt, so genügt die Erklärung, die Puchta giebt, nicht. Sein Befremden ist berechtigt, aber in anderer Weise zu beseitigen. Wenn ein Pfandgeschäft mit einem Ausdruck bezeichnet wird, welcher nach seiner Ableitung (von fides) und seinem sonstigen Gebrauch Vertrauen, Zuversicht bedeutet, so ist erlaubt, daran zu denken, dass es der einzige Zweck jedes Pfandgeschäfts ist, dem Gläubiger das Vertrauen, die Zuversicht zu geben, dass er wegen seiner Forderung befriedigt werden wird. Diese fiducia debitum accipiendi, Zweck und Wirkung der Pfandfiducia, hat ihr auch wahrscheinlich den Namen gegeben²⁾. Dafür spricht, dass nicht nur das Geschäft, sondern auch das Pfand selbst fiducia heisst. Der Uebergang von der Wirkung auf ihren Grund ist nicht schwierig. Auch in der Gegenwart wird nicht nur von Pfandsicherheit und Sicherheit leisten, sondern auch von Sicherheit bestellen geredet, ja das Pfand selbst

¹⁾ Vgl. Institutionen § 247 II S. 246 unten. — ²⁾ Ueber ältere Vertreter dieser Ableitung vgl. Conradi a. a. O., Anm. 8.

als Sicherheit, Caution bezeichnet. Der Weg von dem Versprechen der Rückgabe bis zu dem anvertrauten Gegenstande dürfte weiter sein. In einem speciellen Falle ist er nahezu ungangbar. Das *pactum conventum* der spanischen Fiduciar-tafel hat folgenden Wortlaut:

quam pecuniam usque eo is fundus
eaeque mancipia *fiducia essent*, donec . . .

Die Form *essent* beweist, dass nicht nur eine Nebeneinanderstellung verschiedener Objecte beabsichtigt, sondern ungeachtet des Singulars *fiducia*, an die gleichzeitige Verpfändung mehrerer Objecte gedacht war. Sieht man die ursprüngliche Bedeutung von *fiducia* in der Sicherung des Gläubigers, so ist der Satz durchaus correct. Es liegt eine etwas weniger weitgehende Metonymie vor als bei dem Gebrauche des Plurals. Die mancipirten Gegenstände sollen für den Gläubiger eine Ursache des Vertrauens sein. Auch in der Gegenwart könnte man sagen, sie sollen sein eine Sicherheit, eine Garantie. Von dem herrschenden Standpunkte aus ist eine gleiche Erklärung schwierig, so dass eine Emendation *fiduciae* in Vorschlag gebracht worden ist¹⁾, welche durch die versuchte Ableitung entbehrlich wird. Die vermuthlich älteste Form der dinglichen Sicherung hiess somit schlechterdings Sicherung²⁾. Die spätere Verengerung des Wortsinns kann sich durch das Aufkommen neuer Formen erklären. Diese Veränderung war wiederum geeignet, den Zusammenhang zu verdunkeln. Eine spätere Zeit konnte nicht füglich die Benennung der Pfand-*fiducia* aus dem Sicherheitszweck erklären, welchen sie ja mit *pignus* und Hypothek gemein hatte. Es lag nahe, ein unterscheidendes Merkmal zu suchen. Ein solches bot sich in der Pflicht zur Remancipation, die sich dazu bei ähnlich benannten Instituten des Familienrechts wiederfand. Die Erklärung der pfandrechtlichen Terminologie dürfte demnach

¹⁾ Vgl. den Abdruck in den *Fontes* S. 251 und Degenkolb, Ein *pactum fiduciae* in *Hermes* 1869, S. 294, Anm. 2. — ²⁾ Mit Rücksicht auf diese ursprünglich weite Bedeutung des Wortes ist es bedenklich, aus dem Umstande, dass Cicero bei der Verpfändung eines Provincialgrundstücks von *fiducia* redet (*pro Flacco* 21, 51) zu folgern, dass ein civilrechtliches Eigenthumspfand am Provincialboden zulässig war. A. M. Geib, *Actio fiduciae* und Realvertrag. Diese *Zschr.* 8, S. 126, Anm. 4; S. 149.

auch die Bedeutung von fiducia contracta im justinianischen Rechte verständlich erscheinen lassen.

Die actio fiduciae hat nach der vorstehenden Auffassung mit Vertrauensbruch oder vertraulicher Abrede gar nichts zu thun; sie ist wörtlich die Sicherheits-, die Pfandklage, d. h. zunächst die Klage auf Rückgabe der Sicherheit, sodann die Klage wegen anderer Ansprüche, die durch die Sicherheitsleistung entstanden sind. Sie entspricht genau der actio pigneraticia. Die infamirende Wirkung erklärt sich hinreichend aus der Nothwendigkeit, den Schuldner gegen die Machtstellung des Gläubigers möglichst zu schützen ¹⁾. Das Fehlen der Diebstahlsklage gegen den Gläubiger-Eigenthümer, welcher die fiducia verbrachte, musste dazu führen, der Vertragsklage eine starke Wirkung beizulegen. Die oben angeführten Aeusserungen Ciceros scheinen durch das Bedürfniss veranlasst zu sein, den etymologischen Zusammenhang von fides und fiducia oder die Worte „ut inter bonos bene agier oportet“ rhetorisch zu verwerthen.

Die Hypothese der doppelten Ableitung führt zu wichtigen Folgerungen.

I. Erstens verbietet sie den Schluss aus der Terminologie des Familien- und Erbrechts auf die Anwendung der actio fiduciae.

Diese Consequenz ist bereits aus anderen Gründen für jeden der drei Fälle wahrscheinlich.

1) Die Frau stand in der manus des Coemptionators bezw. desjenigen, an den sie weiter mancipirt war. Dass sie gegen den Inhaber der manus ein civiles iudicium auf Mancipation oder Manumission anstellen konnte, wird auch von Vertretern der herrschenden Meinung ²⁾ nicht angenommen.

2) Die actio fiduciae bei der Mancipation eines homo liber wird von Papinian selbst für den Fall verneint, dass sie

¹⁾ Die Nichterwähnung des depositum unter den infamirenden Contracten der lex Iulia municip. L. 101 nöthigt nicht zu dem Schlusse, dass es damals unter der fiducia inbegriffen war. Denn eine jede Condemnation beim Depositum setzte im Unterschiede von den anderen dasselbst angeführten Verträgen dolus voraus und konnte deshalb unter der Clausel *deve dolo malo* inbegriffen sein. — ²⁾ Vgl. Ubbelohde, Zur Geschichte der benannten Realcontracte S. 55, Anm. 58.

als Pfandklage gelten konnte¹⁾. Sein Ausspruch wäre ungreiflich, wenn sie in anderen Fällen bei der Mancipation eines Hauskindes in Geltung war.

3) Endlich ist es ausser Zweifel, dass der *heres fiduciarium* niemals mit der *actio fiduciae* haftete. Gerade dieser Sprachgebrauch beweist ziemlich durchgreifend, dass in der That der Wortstamm *fiducia* von einander unabhängige Rechtsbegriffe geliefert hat.

II. Zweitens würde die vorgeschlagene Deutung jeden etymologischen Anhalt für eine andere als pfandrechtliche *fiducia cum amico* beseitigen.

Auch dieses Ergebniss wird durch verschiedene Umstände unterstützt.

1) Es lässt sich behaupten, dass das klassische Rechtssystem keine Lücke aufweist, welche die *fiducia cum amico* hätte ausfüllen können. Ihr Gebiet wird verschieden umgrenzt²⁾. Nach einer geringeren Schätzung sollen in dasselbe fallen die sogenannten fiduciarischen Rechtsübertragungen, nach Vorbild der *coemptio fiduciae causa* und der *mancipatio manumittendi gratia*. Die Abrede, ein übertragenes Recht nach dem Willen und im Interesse des Uebertragenden auszuüben, enthält nach heutigem Rechte den Thatbestand des Mandats und musste nach römischem Rechte ebenso beurtheilt werden. Gaius, der einzige Schriftsteller, welcher die *fiducia cum amico* ausdrücklich erwähnt, bespricht auch das Mandat ziemlich eingehend, deutet aber nirgends an, dass es ausgeschlossen ist, wenn behufs Ausführung ein Gegenstand mancipirt wird. Die einzige Lücke, welche in seiner Darstellung auffällt, ist die Unzulässigkeit des *mandatum post mortem*. Aber auch bei dieser Gelegenheit nennt er die *fiducia* ebensowenig wie in der ganzen Ausführung, obwohl er mehrfach Anlass gehabt hätte, ein Concurrenzinstitut zum Vergleiche und zur Ergänzung heranzuziehen. Auch nach den übrigen Nachrichten liegt kein Grund vor, die Unvereinbarkeit von Mancipation und Mandat³⁾, somit das Bedürfniss nach einer Gefälligkeitsfiducia anzunehmen. Dass andere als fiduciarische

¹⁾ Vgl. oben S. 106. — ²⁾ Vgl. die Zusammenstellung S. 83. —

³⁾ Ihre Combination ermöglichte die Stellvertretung, welche Jhering, Besitzwille S. 409, Anm. 3 der *fiducia* zuweist.

Verpflichtungen bei Gelegenheit der Mancipation eingegangen werden konnten, steht fest. Bei den Schenkungen in Mancipationsform war die Stipulation durchaus üblich¹⁾ und zur Sicherung einer beigefügten Zweckbestimmung²⁾ brauchbar. Es ist nicht abzusehen, weshalb nicht auch ein Mandat hinsichtlich der Ausübung des Rechts ertheilt werden konnte.

2) Gaius stellt in der oben besprochenen Hauptstelle über fiducia die fiducia cum creditore und cum amico in einer Weise gegenüber, dass für die Annahme einer Gefälligkeitsfiducia schlechterdings kein Raum bleibt. Wenn zwei wesentlich verschiedene Arten der fiducia cum amico existirten, so konnte Gaius sie nicht unter einer Bezeichnung zusammenfassen und der fiducia cum creditore entgegensetzen. Seine Ausdrucksweise zwingt dazu, entweder die Pfandfiducia mit Vertrauensmann oder die Gefälligkeitsfiducia fallen zu lassen.

3) Collatio X, Cap. II, § 2 und 3 lautet:

Modestinus libro differentiarum secundo de deposito et commodato:

In depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur. Sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur; sic enim et in *fiduciae iudicio* et in actionem rei uxoriae et dolus et culpa deducitur, *quia utriusque contrahentis utilitas intervenit*. In mandati vero iudicio dolus, non etiam culpa deducitur.

Modestin stellt somit depositum und mandatum, welche nach der herrschenden Ansicht in den Formen der fiducia abgeschlossen wurden, zu der fiducia in Gegensatz und bezeichnet die letztere als ein Rechtsverhältniss, in dem „*utriusque contrahentis utilitas vertitur*“. Diese Kennzeichnung passt wohl auf die Pfandfiducia cum amico, weil nicht anzunehmen ist, dass die argentarii ihre geschäftlichen Dienste unentgeltlich leisteten, aber nicht auf die Gefälligkeitsfiducia, die nicht gewerbsmässig, sondern nur als Gelegenheitsgeschäft vorkommen konnte.

4) Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch Isidor die fiducia auf den Pfandzweck beschränkt; vgl. V, 25, 23:

¹⁾ Vgl. die Beispiele in Fontes II, Nr. 2 a, b, d. — ²⁾ Vgl. die donatio Flavii Syntrophi in Fontes II, Nr. 2 d.

Fiducia est, cum res aliqua *sumendae mutuae pecuniae gratia* vel *mancipatur* vel in iure *ceditur*.

II. Die Boethiusstelle.

Boethius giebt in seinem Commentar zu Ciceros *Topica* bei den Textesworten in *Topic. c. 10*:

Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaveris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator

in seinem Commentar *L. IV p. 813* folgende Erläuterung:

fiduciam acceperit, cuicunque res aliqua mancipatur ut eam mancipanti remancipet: velut, si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet ut ei cum tempus quod suspectum est praeterierat, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur.

Die Begriffsbestimmung scheint die herrschende Meinung, ja das gewählte Beispiel gerade die übliche Auslegung der Gaiusstelle durchaus zu bestätigen.

Indess diese Uebereinstimmung ist nicht wunderbar. Die Worte des Boethius enthalten selbst¹⁾ eine Auslegung der Gaiusstelle.

Die Autorität des Boethius in juristischen Fragen ist gering und beruht nur auf der Benutzung juristischer Schriften. Benutzt sind unter anderem die *Institutionen* des Gaius. Boethius erklärt zu *Cic. Top. c. 5, Comm. Lib. III*:

Mancipi res veteres appellabant, quae ita abalienabantur ut ea abalienatio per quandam nexus fieret sollemnitate. Nexus vero est quaedam iuris sollemnitas quae fiebat eo modo, quo in Institutionibus Gaius exponit: —

Folgt die Beschreibung der *mancipatio* aus Gaius

Aus diesem Citat geht hervor, dass Boethius hinsichtlich der Mancipation nicht auf eigener Anschauung, sondern auf Gaius fusste. Es ist deshalb wahrscheinlich, dass auch das Institut der *fiducia* ihm fremd war, dass er es nur erläutern wollte, „sicut Gaius exponit“, und dass er Gaius ebenso verstanden hat wie moderne Ausleger.

¹⁾ Dirksen, Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten, übertragen in die Werke des Boethius. Abhandlungen der Berl. Akademie, 1851, S. 97.

Die Uebereinstimmung scheint auch im einzelnen vorhanden zu sein. Die unbestrittener Massen am häufigsten angewandte Form, die fiducia cum creditore, wird von Boethius gar nicht erwähnt, ja durch seine Begriffsbestimmung genau genommen, ausgeschlossen. Denn der Zweck der Pfandfiducia ist nicht remancipatio und sie hat auch durchaus nicht immer diese Wirkung. Eine solche Uebergangung würde bei Benutzung eines reicheren Materials unverständlich sein, erklärt sich aber, wenn Boethius nur die Gaiusstelle ins Auge fasste. Denn die fiducia cum creditore pignoris iure musste jemandem, der nichts weiteres von dem Rechtsinstitute kannte, unklar bleiben. Um so verständlicher konnte der zweite Fall scheinen, die Mancipation an einen Freund, „weil unser Vermögen bei ihm sicherer sei“. In den Zeiten interimistischer Barbarenherrschaft, wie die Regierung Odoakers und Theodorichs von den Römern aufgefasst werden konnte, mochte für viele der Gedanke nahe liegen, sich durch Oblation ihres Grundeigenthums an einen potentior den Schutz desselben zu sichern. Boethius war deshalb in der Lage, die vermeintliche Andeutung des Gaius aus eigener Anschauung zu ergänzen. Aus dem Umstande, dass an dieser Stelle der Gewährsmann nicht genannt wird, ist kein Grund gegen die Benutzung zu entnehmen. Boethius ist auch in anderen Fragen¹⁾ in gleicher Weise vorgegangen.

Die Etymologie der mancipatio fiduciaria dürfte auf freier Combination beruhen.

III. Die angeblichen Interpolationen für fiducia cum amico.

Eine Interpolation für fiducia cum amico zu anderen als Pfandzwecken oder doch eine selbständig erkennbare²⁾ Beziehung auf dieses Institut ist, soweit ich sehen kann, bei 16

¹⁾ Vgl. Dirksen a. a. O. S. 88. 89. 90. — ²⁾ Diejenigen Quellenstellen, welche lediglich auf Grund der anderweit gewonnenen Vorstellung von der Gefälligkeitsfiducia auf dieselbe bezogen werden, wie z. B. die nicht besprochenen Anführungen von Voigt, XII Tafeln II, § 86, S. 178 ff., werden nicht erörtert, weil sie keinen Anhaltspunkt für die Existenz eines solchen Rechtsinstituts erbringen.

Digestenstellen behauptet worden, die sich in fünf Gruppen ordnen lassen.

a) Erste Gruppe. — *Fiducia cum amico* als Manumissionsgeschäft.

Die erste Gruppe wird von vier Fragmenten gebildet, welche sich auf die *mancipatio manumittendi gratia* beziehen. Es sind dies fr. 30, fr. 27, § 1 D. *mandati* 17, 1, fr. 5, § 1 D. *de cond. e. d.* 12, 4 und fr. 18 D. *de don.* 39, 5. Die Deutung von zwei anderen Fragmenten, fr. 7 *de evict. et dupl. stip.* 21, 2 und fr. 84 *ad l. Falc.* 35, 2 ist von der zu treffenden Entscheidung abhängig.

Die Hauptstelle ist fr. 30 D. *mand.* 17, 1¹⁾:

Iulianus libro tertio decimo digestorum.

Si hominem tibi dederō, ut eum manumitteres, et postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, an mandati agere possim, si tu eum manumiseris? respondi, si procurator iustam causam habuit interpellandi manumissionem servi, quem in hoc solum acceperam, ut manumitterem, veluti si compererit eum postea falsas rationes confecisse, insidias vitae prioris domini struxisse, tenebor, nisi denuntiationi procuratoris parvero: si vero nulla iusta causa procuratori fuit denuntiandi ne servus manumitteretur, non poterit mecum agi, quamvis ad libertatem eum perduxerim.

Lenel hat nachgewiesen, dass Julian in dem 13. Buche der Digesten von der *fiducia* gehandelt hat. Daraus folgert Lenel, dass auch der angeführte Ausspruch sich ursprünglich auf die *fiducia* und zwar auf die *fiducia cum amico* bezog. Dies Ergebniss wird auch für fr. 7 D. 21, 2 und fr. 84 D. 35, 2 bedeutsam.

Fr. 7 D. *de evictionibus et duplae stipulationibus* 21, 2:

Iulianus libro tertio decimo digestorum.

Qui a pupillo substitutum ei servum emit, agere cum substituto ex empto potest et ex stipulatu de evictione, cum neutram earum actionum adversus pupillum habere potuerit.

¹⁾ Lenel, *Quellenforschungen*. Diese Zeitschrift 3, S. 177 ff. *Pa-lingenesia* I, S. 354, Nr. 218.

Fr. 84 D. de legem Falcidiam 35, 2:

Iulianus libro tertio decimo digestorum.

Repperitur casus, quo heres agere potest quamvis testator agere non potuerit, veluti si tutor, cum solveret legata, non interposuerit stipulationem, quanto plus, quam per legem Falcidiam capi licuerit solutum fuerit, reddi, pupillus quidem eo nomine tutelae non agit, sed heredi eius hoc quoque nomine tutor obligatus erit.

Lenel¹⁾ bezieht beide Fragmente mit Recht auf die Frage, ob eine obligatio ex persona heredis entstehen könne. Die Controverse betraf nachweisbar auch das Mandat²⁾. Wegen der Inscription nimmt Lenel eine dem mandatum post mortem entsprechende fiducia post mortem an, welche naturgemäss zu einer entsprechenden Controverse Anlass geben konnte.

Eine scheinbar überzeugende Bestätigung der Interpolationshypothese wird geliefert³⁾ durch Fragmenta Vaticana Nr. 334, wo der Erwerb von Klagen durch Procuratoren behandelt wird und sich neben anderen Beispielen folgende Satztrümmer vorfinden:

Iulianus _____
 et si m _____
 actor denuntiet _____
 fiduciae actionem _____

Sobald bei fr. 30 fiducia angenommen wird, liegt die Identificirung der beiden Fragmente sehr nahe³⁾.

Indessen die Grundlage der Hypothesen ist unsicher. Lenel verweist das Mandat in das 14., demnach das nächstfolgende Buch von Iulianus Digesten. Es ist nun möglich, dass Julian dieselbe Materie bereits im 13. Buche begonnen hat. Den römischen Juristen war die Bucheintheilung durch den Umfang der Papyrusrollen vorgezeichnet⁴⁾, und wenn sie ebenso wie die anderen Schriftsteller bemüht waren, eine entsprechende

¹⁾ Quellenforschungen, diese Zschr. 3, S. 178. Palingenesia I, S. 354, 219 und 220. — ²⁾ Vgl. auch fr. 21 D. 17, 1 (Julian). — ³⁾ Vgl. Lenel, Kritisches und Exegetisches, diese Zschr. 8, S. 205. — ⁴⁾ Birt, Das antike Buchwesen, Berlin 1882, S. 127 ff. Krüger, Quellen und Litteratur des römischen Rechts § 18, S. 136, 37 und in dieser Zschr. 8, S. 378.

stoffliche Gliederung herzustellen, so konnte doch unter Umständen eine Unterbrechung unvermeidlich werden¹⁾.

Die Feststellung auf Grund der Inscriptionen ist freilich schwierig. Denn infolge der Beschaffenheit der römischen Zahlenzeichen konnte gerade ein Irrthum um einen Verticalstrich sehr leicht vorkommen, so dass eine scheinbare Unterbrechung auch auf einer Corruption beruhen kann. Von den 71 Inscriptionsfehlern, die Lenel in seinem Edict S. 447 zusammenstellt, werden dreissig durch die Wahrscheinlichkeit eines solchen Versehens, beziehungsweise des Zusammentreffens von Sach- und Bucheintheilung gerechtfertigt. Dennoch nimmt auch Lenel verschiedene Unterbrechungen an²⁾.

Zu Gunsten einer solchen sprechen in dem vorliegenden Falle erhebliche Gründe.

Weder das 13. noch das 14. Buch von Julians Digesten beschränken sich auf einen Gegenstand. In dem ersten werden Depositum und fiducia, in dem zweiten societas und vermuthlich actiones in factum behandelt. Es sind somit Buchrollen gemischten Inhalts, deren Charakter wenig dadurch geändert wird, dass man das Mandat einer einzigen zuweist, statt es auf beide zu vertheilen.

Die Vertheilung wird gefordert durch das Verhältniss der Ortsbezeichnungen, welche die vom Mandat handelnden Fragmente tragen. Bei dieser Untersuchung ist das erste der drei angeführten Fragmente unbedingt zu den Mandatsstellen zu rechnen. Hinsichtlich der beiden anderen ist eine solche Beziehung nicht unwahrscheinlich. Ausser ihnen finden sich noch zwei andere Fragmente mit derselben Ortsangabe, die zweifellos vom Mandat handeln und bei denen Lenel eine handschriftliche Verderbniss des Citats annimmt³⁾, nämlich fr. 6, § 6 und fr. 14 pr. D. Mandati 17, 1. Wieviel Stellen sind es nun, welche diesen drei bis fünf Fragmenten gegenüber zu Gunsten des 14. Buches in Betracht kommen? Nach

¹⁾ Krüger a. a. O. — ²⁾ Vgl. in der Uebersicht der Edictscommentare bei Lenel, Edict. S. XVI ff.; Ulpian 16/17, 20/21, 26/27, 60/61, 69/70, 80/81; Paulus 24/25, 76/77; Gaius 23/24; Julian 6/7, 57/58. —

³⁾ Palingenesia I, S. 355, fr. 223 und 227. Bei fr. 14 hatte Lenel früher gleichfalls Interpolation für fiducia cum amico als möglich angenommen, vgl. Edict S. 232, Anm. 6.

Lenels Palingenesia im ganzen zwei¹⁾. Bei einem solchen Zahlenverhältniss lässt sich eine Einordnung des Mandats in das 14. Buch nur rechtfertigen, wenn man mit Lenel die Existenz der Gefälligkeitsfiducia als festgestellt ansieht. Ist sie Beweis-thema, so scheint es zutreffender, eine Vertheilung der Materie anzunehmen oder, wenn man die systematische Bucheintheilung auf Kosten der Ueberlieferung wahren will, die zwei Stellen des 14. Buches für verderbt zu erklären und die Materie des Mandats ausschliesslich in das 13. zu verweisen.

Durch dieses Ergebniss schwindet der Anhalt für die Annahme einer Interpolation und auch für die Identificirung mit dem vaticanischen Fragmente. Denn übereinstimmend bleibt nur, dass Julian durch die denuntiatio eines Procurators eine Klage entstehen lässt, während die Natur der beiden Klagen eine verschiedene wird. Es steht fest, dass Julian die Verhältnisse der Procuratoren auch sonst behandelt hat und dass bei der Pfandfiducia Denuntiationen üblich waren. Deshalb ist es wahrscheinlich, dass in dem vaticanischen Fragmente eine sonst verlorene Stelle gemeint ist.

Die drei übrigen Fragmente, bei welchen eine Interpolation für fiducia cum amico zu Manumissionszwecken angenommen wird, sind folgende.

1) fr. 27, § 1 D. mandati 17, 1²⁾:

Gaius libro nono ad edictum provinciale.

Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres constitit obligatio: potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire veluti si paenitentia acta servum recipere velim.

2) fr. 5, § 1 D. de cond. c. d. 12, 4³⁾:

Ulpianus libro secundo disputationum.

Si servum quis tradiderit alicui ita ut ab eo intra certum tempus manumitteretur, si paenituerit eum qui tradiderit et super hoc eum certioraverit et fuerit manumissus post poeni-

¹⁾ Fr. 31 D. mandati 17, 1; fr. 13 D. de fidei. 46, 1. — ²⁾ Lenel, Quellenforschungen, diese Zschr. 6, S. 177 ff.; Palingenesia I, S. 214, fr. 232, 1. — ³⁾ Lenel, Quellenforschungen, diese Zschr. 6, S. 177 ff., und in dieser Zschr. 9, S. 182.

tentiam, attamen actio propter poenitentiam competit ei, qui dedit.

3) fr. 18, § 1 D. de donationibus 39, 5 ¹⁾:

Ulpianus libro septuagesimo primo ad edictum.

Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert. Denique refert Aristonem putare si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videatur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur.

Die Interpolation für fiducia wird aus der Gleichheit des Thatbestandes mit demjenigen des Julianfragments gefolgert. Sie erledigt sich durch dieselbe Erwägung und untersteht ausserdem bei den einzelnen Fragmenten besonderen Bedenken.

1) Der Beginn und die Fortsetzung des fr. 27 handeln zweifellos vom Mandat. Lenel ²⁾ nimmt desshalb an, dass Gaius sich für die Fortbildung des Mandats auf die bei der fiducia post mortem feststehenden Rechtssätze berufen habe. Indessen die Stelle verräth nichts von dieser beispielsweise Verwerthung. Die vollständige Beseitigung jeder Spur würde eine geschicktere Interpolation voraussetzen, als sie in den Digesten üblich ist.

2) An fr. 5 knüpft Lenel ³⁾ die allgemeinere Hypothese, dass die actio propter poenitentiam durch die Gesetzgebung Justinians als Ersatz für die beseitigte Klage aus der Gefälligkeitsfiducia eingeführt sei. Dieser Hypothese steht, abgesehen von der Unerweislichkeit des Rechtsinstituts noch das Bedenken entgegen, dass die actio mandati durchaus geeignet war, die Lücke auszufüllen. Das Fragment selbst ist wohl interpolirt, aber, wie Gradenwitz ⁴⁾ in hohem Grade wahrscheinlich gemacht hat, in sehr bedeutendem Umfange, so dass

¹⁾ Lenel, Palingenesia II, p. 40, Anm. 3. — ²⁾ Lenel, Palingenesia I, S. 214, Note 5. — ³⁾ Lenel, Recension zu Gradenwitz, diese Zschr. 9, S. 182. — ⁴⁾ Interpolationen S. 155 ff.

die Existenz einer echten Grundlage für § 1 überhaupt zweifelhaft ist. Es ist möglich, dass die *actio propter poenitentiam* nach dem ursprünglichen Zusammenhange als Mandatsklage aufzufassen war. Sie kann auch von den Compilatoren selbstständig eingeschoben sein. Eine Entscheidung ist kaum zu fällen, aber ein besonderer Anhaltspunkt für fiducia nicht vorhanden.

3) Fr. 18 gewährt bei rein fiduciarischer Mancipation dieselbe Klage wie bei einer zu Schenkungszwecken dienenden nach Eintritt der gesetzten Frist. Dies passt durchaus auf Mandat. Die Deutung auf fiducia würde voraussetzen, dass die *actio fiduciae* das Mittel war, bei einer mit Modus belasteten Schenkung die Ausführung des Modus zu sichern. Dem widerspricht die einzige über ein solches Geschäft erhaltene Urkunde¹⁾. Die Schenkung wird vollzogen durch Mancipation „(in condic)ionem, ut infra scriptum est“, die Ausführung der eingehenden Bestimmungen aber nicht durch *pactum fiduciae* gesichert, sondern durch Pönalstipulation.

b) Zweite Gruppe. — *Fiducia cum amico* verdrängt durch *depositum commodatum*ve.

Die Wortverbindung *depositum* und *commodatum* findet sich in den Digesten an mehreren Stellen, an denen sie keinen befriedigenden Sinn giebt oder aus anderen Gründen interpolirt erscheint.

Bei vier dieser Stellen, nämlich bei fr. 1, § 47, D. 16, 3; fr. 31, D. 13, 7; fr. 27, D. 15, 1 und fr. 6, D. 45, 3, wird eine ursprüngliche Beziehung auf fiducia cum amico vermuthet. Sobald man davon ausgeht, dass früher *depositum* und *commodat* in den Formen der fiducia geschlossen wurden, liegt die Möglichkeit vor, dass die justinianischen Juristen auf Grund des Zusammenhangs für das veraltete Rechtsinstitut seine rechtsgeschichtlichen Nachfolger einfügten. Immerhin setzt dieser Gedankengang voraus, dass die interpolirten Stellen ausschliesslich von der fiducia cum amico handelten, da sonst die Interpolation von *pignus* nicht fehlen würde. Dafür bieten drei derselben keinerlei Anhalt; auch begegnet

¹⁾ Vgl. Donatio Flavii Syntrophi Fontes p. 203.

bei allen die Annahme einer fiducia besonderen Schwierigkeiten.

Näher scheint eine andere Hypothese zu liegen, eine Interpolation für receptum.

Justinian hatte die actio recepticia vollständig aufgehoben¹⁾. Dadurch musste den Compilatoren die Aufgabe erwachsen, ihre Spuren zu tilgen. Aber die Ausführung war nicht leicht. Denn das Wort „recipere“ bzw. „receptum“ kommt in der römischen Rechtssprache sehr häufig und in sehr verschiedener Bedeutung vor. Insbesondere umfasst es nahezu alle Schattirungen unseres deutschen „empfangen“, unter anderen auch die Empfangnahme einer Sache bei Miethe, Depositum oder Commodat. Sehr bezeichnend ist der Sprachgebrauch Ulpian in fr. 1, § 10—13, D. depos. 16, 3. Ulpian unterscheidet bei denen, qui servum receperunt²⁾, ob Miethe, Innominatvertrag oder depositum vorliegen. Letzteres nimmt er an, wenn der Empfänger nur für den Lebensunterhalt zu sorgen hatte und kein Entgelt für die Dienste vereinbart war. Einige Zeilen weiter gebraucht Ulpian recipere und receptum für den Empfang der deponirten Sachen. Receptum in diesem Sinne kann daher unter Umständen mit depositum und commodatum gleichbedeutend sein: aber es kann auch einen weiten Kreis von Geschäften umfassen oder sich auf einen einzigen der verbundenen Verträge beziehen.

Die Vielseitigkeit des Wortes musste den Compilatoren um so grössere Schwierigkeit bereiten, als bereits zu ihrer Zeit die actio recepticia „instituto recessit vestigio“³⁾. Anscheinend haben sie grosse Vorsicht beobachtet und nicht nur das technische recipere durch constituere, sondern auch das untechnische receptum, wo es irgend zweideutig schien, durch depositum vel commodatum ersetzt.

Bei der Eile der Arbeit waren Missgriffe unvermeidlich. Unter anderem⁴⁾ scheint das untechnische receptum einmal

¹⁾ Const. 4, § 1, C. de const. pec. 4, 18: „et omnia quae de recepticia in diversis libris legislatorum posita sunt, aboleantur“. —

²⁾ Vgl. auch das Edict de servo corrupto D. 11, 3: „Qui servum servam alienum alienam recepisse u. s. w. dicetur“. Dazu Ulpian fr. 1, § 2; fr. 5 pr. h. l.; fr. 48, D. 47, 2. — ³⁾ C. 2 pr. C. de const. pec. 4, 18. —

⁴⁾ Das technische recipere ist vielleicht stehen geblieben in fr. 4, § 1,

mit constitutum vertauscht zu sein und zwar in fr. 23, D. depositi 16, 3:

Modestinus libro secundo differentiarum.

Actione depositi conventus *servo constituto* cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur.

Das Fragment ist offenbar unecht.

1) Nach vorjustinianischem Recht konnte das constitutum überhaupt nicht auf eine nicht fungible Sache gehen¹⁾, wohl das receptum, daher ist constitutum servi bereits an einer anderen Stelle, wie Lenel²⁾ hervorhebt, für receptum interpolirt worden.

2) Wenn dessenungeachtet ein constitutum servi oder ein technisches receptum gemeint gewesen wäre, so hätte der Verpflichtete nicht mit der actio depositi belangt werden können.

3) Die Collatio giebt endlich in X, 2, 5 denselben Ausspruch in folgendem Wortlaut wieder:

Actione deposito conventus cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur: at is, cui res commendata est, improbe cibariorum exactionem intendit. Impensas tamen necessarias iure persequitur, quas forte in aegrum vel alias laborantem impenderit.

Auf den ersten Blick liegt die Annahme nahe, dass „servo constituto“ von den Compilatoren eingeschoben sei.

Indessen einmal lässt die Collatio die Mittheilung vermissen, dass ein Sklave deponirt ist. Der Anspruch wegen Unterhaltungskosten tritt ganz unvermittelt auf und könnte ebenso gut auf ein Thier bezogen werden, während die Erörterung über Commodat zeigt, dass ein Sklave gemeint war.

Zweitens würde es vollkommen unverständlich sein, wie jemand darauf kommen konnte, den Ausspruch Modestins durch eine derart unverständliche Glosse zu entstellen.

Die Schwierigkeiten fallen weg, sobald man annimmt, dass für „servo constituto“ „servo recepto“ stand. Servum

D. de manum. 40, 1 und möglicherweise durch depositum vel commodatum ersetzt worden in fr. 2 D. de fidei. 46, 1 (apud servum vel pupillum depositum commodatumve fuerit), wo auch der Schlusssatz sed ita von den Compilatoren herrühren kann.

¹⁾ Vgl. C. 2, § 1 C. de const. pec. 4, 18. — ²⁾ Lenel, Beiträge zur Kunde des Edicts, diese Zschr. Bd. 2, S. 65.

recipere war der allgemeine Ausdruck für die Aufnahme eines Sklaven, ohne Rücksicht auf die rechtliche Differenzierung des Geschäfts. Paulus machte sich keines Pleonasmus schuldig, als er von der Anstellung der *actio depositi recepto servo* sprach. Er stellte in diesen Worten einen allgemeinen Thatbestand auf, welcher durch die Depositums- und die Commodatsklage in zwei Specialfälle zerlegt wurde. Die Reconstruction führt daher zu einem annehmbaren Texte.

Die Weglassung der Worte in der *Collatio* kann sich vielleicht dadurch erklären, dass ihr Verfasser diesen Sprachgebrauch nicht verstand und durch Streichung der Worte einen Pleonasmus zu beseitigen glaubte. Die Interpolation in den *Digesten* beruht auf einem Missgriff der Compiler, auf einer Verwechslung des untechnischen *receptum* mit dem technischen oder auf übergrosser Vorsicht.

Der letzterwähnte Moment scheint auch drei Fragmenten zu Grunde zu liegen, welche für *fiducia cum amico* vindicirt werden.

1) Fr. 1, § 47, D. depositi vel contra 16, 3.

Ulpianus libro trigesimo ad edictum¹⁾.

Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem *apud testatorem depositam vel commodatam* distraxit ignarus *depositam vel commodatam*, an teneatur et *quia dolo non fecit*, non tenebitur de re an tamen vel de pretio teneatur quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo facit quod id quod ad se pervenit, non reddit.

Für die Interpolation dieses Fragments sprechen zwei Erwägungen.

Einmal ist *apud testatorem* auch auf *commodatam* zu beziehen, was sprachlich ungewöhnlich ist²⁾ und in der Regel von den Juristen vermieden wird³⁾. Zweitens geht Ulpian

¹⁾ Pernice, *Parerga*, diese Zschr. Bd. 8, S. 227, Anm. 6 (zweifelnd). —

²⁾ In den *Digesten* findet er sich nur an drei Stellen (in fr. 2 D. de fid. 46, 2, in fr. 9 D. de rei vind. 6 und in fr. 3, § 20 D. 41, 2), von denen die erste der Interpolation, die zweite zum mindesten der Kürzung verdächtig ist. — ³⁾ Vgl. fr. 9, § 1 D. de public. 6, 2; fr. 4 D. ad exhib. 10, 4; fr. 8, § 7 D. de liber. legat. 34, 3; fr. 36 D. de usurp. 41, 3;

davon aus, dass die behandelte Klage nur auf dolus zu begründen sei. Dies passt auf depositum, aber nicht auf commodatum, welches zu den römischen Musterbeispielen für strengere Haftung gehörte.

Die zweite Schwierigkeit wird durch die Annahme einer fiducia nicht beseitigt, wohl aber durch die Vermuthung, dass Ulpian an dieser Stelle ebenso wie in früheren Paragraphen desselben Fragments receptam für deposito acceptam gebraucht hat. Dass die Interpolation nicht auch auf diese früheren Paragraphen erstreckt wurde, erklärt sich aus dem wiederholten Gebrauche des Wortes in verschiedenen Formen, welche eine Verwechselung mit dem technischen receptum, zugleich aber auch die Ausführung einer Interpolation erschwerte.

2) Fr. 31 D. de pigner. act. 13, 7.

Africanus libro octavo quaestionum¹⁾.

Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditioe relinquere: quod si sciens furem pignori mihi dederit etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilominus habiturum me pignoratitiam actionem, ut indemnem me praestet. eadem servanda esse Iulianus ait etiam cum *depositus vel commodatus* servus furtum faciat.

Die Interpolation dieses Fragments wird ziemlich wahrscheinlich durch Vergleichung desselben mit fr. 62 D. de furtis 47, 2, das dieselbe Inscription trägt.

In beiden Stellen ist für pignus fiducia zu lesen. Die Wendung „pro noxae deditioe relinquere“ deutet auf Eigenthum des Geschädigten. Zu demselben Ergebniss führt die Heranziehung des servus, „qui in causa redhibitionis est“. Ein Widerspruch liegt darin, dass fr. 31 für commodat und depositum dieselben Grundsätze aufstellt wie für fiducia, während fr. 62 bei Mandat und Depositum eine gesteigerte, bei Commodat nach dem wahrscheinlich verderbten Wortlaut eine schwächere Haftung vorschreibt.

Die Beseitigung der Antinomie durch Beziehung auf

fr. 1, § 33 D. de vi 43, 16; fr. 9 pr. D. de duob. reis 45, 2; fr. 77 pr. D. de furt. 47, 2.

¹⁾ Lenel, Palingenesia 1, S. 30; fr. 108, Note 4, S. 212, Note 1.

fiducia cum amico contracta ist an dieser Stelle allerdings möglich, aber nur dann, wenn man sie als Pfandgeschäft auf- fasst. Unter dieser Voraussetzung ist die Gleichstellung mit der Gläubiger*fiducia* verständlich. Die Gefälligkeits*fiducia* hätte dagegen zu verschiedenen Graden der Haftung führen müssen, je nachdem sie den Zwecken des Mandats, des depo- situm oder commodatum diene. Wahrscheinlicher dürfte wiederum eine Interpolation für *servus receptus* sein. Nach dem Zusammenhange steht dann dem *servus fiduciarius*, dem in das Eigenthum des Bestohlenen übergegangenen Sklaven, der *receptus* gegenüber, welcher noch einem anderen gehört. Julian würde dann nur sagen, dass auch bei der blossen ver- tragsmässigen Uebergabe des Sklaven eine durch *noxae datio* nicht abwendbare Haftung für *dolus* eintritt, was im allge- meinen zutrifft.

Unter der *fiducia* würden dann beide Formen der Pfand- *fiducia* verstanden sein.

Für diese Auffassung lässt sich geltend machen, dass African in dem ausführlicheren fr. 62 nur ganz allgemein von *fiducia* spricht, ohne ihre beiden Unterarten zu trennen, und dass er dann nach kurzem Berühren der *redhibitio* auf die Fälle eingeht, in denen eine blosser Uebertragung der Detention vorliegt. Ferner ist es nicht nothwendig, aber wahrscheinlich, dass die Interpolation einer bestimmten Wendung auf die Aus- merzung desselben Wortes hindeutet. Endlich scheint, wie erwähnt, gerade *recipere servum* ein ziemlich häufig gebrauchter Ausdruck gewesen zu sein.

3) Fr. 27 pr. de peculio 15, 1.

Gaius libro nono ad edictum provinciale ¹⁾).

Et ancillarum nomine et filiarum familias in peculio actio datur: maxime si qua sarcinatrix aut texitrix erit aut aliquod artificium vulgare exerceat, datur propter eam actio. *Depo- siti quoque et commodati actionem* dandam earum nomine Iulianus ait sed et tributoriam actionem, si peculiari merce sciente patre dominove negotientur, dandam esse.

Das Vorliegen einer Interpolation scheint zweifellos. Die actio de peculio ist nicht durch den Betrieb eines Gewerbes

¹⁾ Vgl. Lenel, Palingenesia I, S. 212, Anm. 1.

bedingt, daher der mit maxime eingeleitete Satz unnötig. Die Ansprüche aus Depositum und Commodat können wohl mit einer adjecticischen Klage geltend gemacht, aber nicht als besondere Art derselben aufgeführt werden. Auch ist die vierfache Wiederholung von actio datur bzw. actionem dandam esse auffallend.

Lenel¹⁾ nimmt Interpolation für fiducia cum amico an und verweist auf seine Ausführungen über die fiducia cum servo contracta. Als Eigenthümlichkeit derselben wird eine Dolusclausel hervorgehoben, welche, aus einer actio legis fiduciae causa hervorgegangen, erst später auf die adjecticischen Formeln der anderen Klagen übertragen wurde. Dieser Umstand scheint aber nicht geeignet, die Schwierigkeiten dieses Fragments zu beseitigen, insbesondere eine Einordnung der actio fiduciae in die Reihe der adjecticischen Klagen zu rechtfertigen.

Zwei andere Lösungen sind möglich.

Der Ausdruck actio nomine alicuius datur ist doppel-sinnig: er bezeichnet die Zuständigkeit einer Klage im activen und im passiven Sinne. Julian giebt an einer vielbesprochenen Stelle dem filius familias die actio depositi et commodati, an einer anderen wenigstens die erste Klage in eigenem Namen²⁾. Den Compilatoren ist allenfalls zuzutrauen, dass sie diese aktive Zuständigkeit mit der passiven verwechselten und deshalb die beiden Klagen in die Gaiusstelle einfügten. Indessen die beiden Juliansstellen sind selbst nicht ganz unverdächtig, da sie das Klagerecht nicht nur subsidiär geben und die Zusammenstellung der beiden Contracts- mit zwei Delictsklagen sehr auffallend, auch eine befriedigende Erklärung für die Ausnahmestellung der beiden Klagen noch nicht vorhanden ist. Ein Zusammenhang wäre schliesslich auch umgekehrt denkbar. Ausserdem kann Julian nur von der filia familias gehandelt haben. In der Gaiusstelle treten aber die ancillae in den Vordergrund. Desshalb ist eine zweite Lösung wahrscheinlicher.

Die beiden verdächtigen Klagen werden in demselben Satz mit der actio tributaria erwähnt. Nun kam in dem

¹⁾ Palingenesia 1, S. 212, Anm. 1. — ²⁾ Fr. 9 D. de O. et A. 44, 7 und fr. 1, 19 D. dep. 16, 3.

Edict über die *actio tributoria* der Ausdruck vor: „*quod inde receptum erit*. Ulpian geht in seinem Commentar näher auf den Ausdruck ein und gebraucht ihn in verschiedenen Wendungen. Ungeachtet einzelner Anzeichen ist der Ausdruck nicht auf das technische *receptum*, sondern auf *recipere* gleich „Kaufpreis einziehen“¹⁾ zurückzuführen. Es liegt jedoch nahe, dass Julian oder Gaius das Wort in einer Weise brauchten, dass die Compileren seine Beseitigung für rathsam und die Einfügung der gebräuchlichen Formel *depositum vel commodatum* für möglich hielten. Der Zwischensatz *maxime u. s. w.* würde dann durch eine Ausführung von *merce* zu erklären und das Fragment etwa wie folgt zu reconstruiren sein:

Et ancillarum nomine et filiarum familias in peculio actio datur de merce quoque et si quid eo nomine *receptum* erit²⁾ Iulianus ait tributoriam actionem dandam esse, si peculiari merce sciente patre dominove negotientur.

4) Fr. 6 D. de stip. 45, 3³⁾.

Pomponius libro vicensimo sexto ad Sabinum.

Ofilius recte dicebat et per traditionem accipiendo vel *deponendo commodandoque* posse soli ei adquiri, qui iussit. quae sententia et Cassi et Sabini dicitur.

Das vorstehende Fragment ist unbedingt interpolirt und zwar auch hinsichtlich der hervorgehobenen Worte. Es schiebt den genannten Sabinianern eine Ansicht unter, die sie nach dem Berichte von Gaius⁴⁾ nicht gehabt haben. Allerdings bestand ein Schulstreit über die Erheblichkeit des *iussus* beim Sklavenerwerb. Aber auch die Sabinianer nahmen nach Gaius eine Wirkung nur an bei Stipulation und Mancipation, nicht dagegen bei sonstigem Erwerbe. Zu diesem Widerspruch kommt hinzu, dass sowohl ein Herausgreifen des *Depositum* und des *Commodat* aus der Reihe der geschäftlich wichtigeren Verträge, wie eine Ausnahmebehandlung dieser Rechtsgeschäfte zweck- und grundlos erscheint.

¹⁾ Vgl. z. B. fr. 16, § 1 D. de her. pet. 5, 3 und a. a. O. —

²⁾ Ulpian in fr. 5, § 5, D. 14, 4. — ³⁾ Vgl. Lenel, Palingenesia I, S. 30, Anm. 4, S. 123, Anm. 4, S. 802, Anm. 2; II, S. 137, Anm. 2. Voigt, XII Tafeln II, S. 178. — ⁴⁾ Vgl. Gaius, Institutionen III, § 167, § 114.

Die Reconstruction des Fragments mit Hülfe der fiducia cum amico contracta kann in doppelter Art gedacht werden. Man kann es beziehen auf den Erwerb des Eigenthums und auf den Erwerb der actio fiduciae.

1) Dass der iussus bei dem Eigenthumserwerb durch mancipatio fiduciae causa Wirkung hatte, ist anzunehmen. Denn mancipatio und pactum fiduciae waren vermuthlich getrennt. Aber diese Annahme war eben desshalb selbstverständlich. Gaius erwähnt die fiducia bei Besprechung des Sklavenerwerbes gar nicht. Dies ist correct. Ofilius hatte, wenn die Worte deponendo commodandoque auf fiducia cum amico zu deuten sind, nicht bloss die mancipatio fiduciae causa, sondern auch ihre beiden Unterarten besonders genannt. Eine solche Weitschweifigkeit ist unwahrscheinlich.

2) Die persönliche Berechtigung aus dem pactum fiduciae fällt unter den Begriff der obligatio; sie wird weder von Gaius noch in sonstigen vom Sklavenerwerb handelnden Stellen hervorgehoben und ist anscheinend wie die übrigen Obligationen behandelt worden. Ihre Reconstruction führt zu denselben Bedenken wie die actio depositi vel commodati.

Es liegt nun mit Rücksicht auf die vorher besprochenen Interpolationen vielleicht nahe, an recipere und zwar im technischen Sinne zu denken. Es wäre möglich, dass einzelne Juristen denjenigen Vertrag, welcher die strenge actio recepticia begründete, den Formalcontracten der mancipatio und stipulatio gleichstellten. Indessen Gaius erwähnt weder ein recipere noch den Literalcontract. Die Annahme ist desshalb bedenklich. Sie ist auch unnöthig, da eine andere Erklärung sich bietet.

Es ist nicht unwahrscheinlich, dass bei Anfertigung der Digesten die bereits durchcorrigirten bzw. interpolirten Fragmente in Abschrift einer erneuten Durchsicht behufs Correctur bzw. Interpolation unterworfen wurden. Nur diese Hypothese erklärt die verhältnissmässige Vollständigkeit in der Ausmerzung grundsätzlich beseitigter Ausdrücke. Dadurch ist aber die Möglichkeit einer successiven Interpolation gegeben. Es ist denkbar, dass bei der ersten Correctur die ursprünglich allein erwähnte mancipatio durch die Tradition

ersetzt¹⁾ und bei der zweiten es auffallend gefunden wurde, dass der Sklave zwar durch den Empfang, aber nicht durch Hingabe einer Sache, z. B. durch Hinterlegung oder Leihe für den *jubens* erwerben könne. Die Ausdehnung auf diese Fälle schien dadurch geboten, dass der ganze Titel von dem Erwerb von Obligationen handelt und die Gesetzgebung Justinians den *jubens* überhaupt begünstigte²⁾.

Ob diese Annahme der Wirklichkeit entspricht, ist nicht zu ermitteln. Immerhin bietet sie weniger Schwierigkeiten als die *fiducia cum amico contracta*.

c) Dritte Gruppe. — *Fiducia cum amico* verdrängt durch *depositum*.

Bei drei Fragmenten wird eine Interpolation von *depositum* für *fiducia cum amico* angenommen.

1) Fr. 32 D. *depositi ad contra* 16, 3³⁾.

Celsus libro undecimo digestorum.

Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam *in deposito* praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is, quam suis rebus diligentiam praestabit.

Voigt⁴⁾ hält das Fragment desswegen für interpolirt, weil der Depositär nur für *dolus* hafte. Nun wird allerdings von Celsus eine gewisse cura verlangt, somit auch eine beschränkte Haftung für culpa anerkannt. Aber dieser anscheinende Widerspruch ist gerade beabsichtigt. Er zwingt zu der Lösung „*latior culpa dolus est*“ und beweist dadurch das *thema probandum*. Die Einfügung von *fiducia* würde der Beweisführung die Schlüssigkeit, den Worten „*minorem quam suis rebus*“ die Correctheit nehmen.

¹⁾ Vgl. insbesondere die Anführungen von Gradenwitz: „Per traditionem accipere in den Pandekten“, diese Zschr. 6, insbes. S. 59. —

²⁾ Vgl. C. 2, C. per quas personas nobis acquiritur 4, 27. — ³⁾ Vgl. Voigt, *Ius naturale* III, Anm. 1273. — ⁴⁾ Vgl. Voigt, XII Tafeln II, § 86, Anm. 1.

2) Fr. 13, § 1 D. eodem¹⁾.

Paulus libro trigensimo primo ad edictum.

Competit etiam *condictio depositae* rei nomine, sed non antequam id dolo admissum sit: non enim quemquam hoc ipso, quod *depositum* accipiat, conductione obligari, verum quod dolum malum admiserit.

Voigt nimmt an, dass *condictio* (sc. causa finita) *depositae* rei nomine interpolirt sei, weil diese *condictio* Eigenthumserwerb des Beklagten voraussetze. Indessen die *condictio* des Fragments wird nur desswegen gegeben „quod dolum malum admiserit“. Es ist desshalb nicht die *condictio* causa finita, sondern, wie in fr. 16 D. de cond. furt. 13, 1, die *condictio furtiva* gemeint, welche auch dem Eigenthümer zusteht.

3) Fr. 1, § 42 D. eodem²⁾.

Ulpianus libro trigensimo ad edictum.

Filium familias teneri depositi constat, quia et ceteris actionibus tenetur: sed et cum patre eius agi potest dumtaxat de peculio. idem et in servo: nam cum domino agetur. plane et *Julianus scripsit* et nobis videtur, si eorum nomine qui sunt in potestate agatur, veniat in iudicium et „*si quid per eum in cuius iure sunt captus fraudatusve est*“, ut et dolus eorum veniat, non tantum ipsorum cum quibus contractum est.

Ein Bedenken gegen die Echtheit des Fragments ergibt sich aus der Zusammenstellung mit fr. 3, § 5 D. commodati 13, 6 und fr. 36 D. de peculio 15, 1¹⁾. In der ersten Stelle wird mit Bezug auf die Haftung des Gewalthabers bemerkt: „ut *Julianus libro undecimo* circa pigneraticiam actionem distinguit“. In der zweiten führt Ulpian die Verallgemeinerung dieser Haftung nicht auf Julian, sondern auf Pomponius zurück. Es scheint naheliegend, dass in fr. 3, § 5 D. 13, 6 „pigneraticiam“ für „fiduciae“ steht und dieselbe Nachricht in dem zur Untersuchung stehenden Fragmente verborgen ist. Indessen die Interpolation in fr. 3, § 5 D. 13, 6 ist, wie Lenel³⁾ hervorhebt, desswegen ausgeschlossen, weil Julian im

¹⁾ Vgl. Voigt, Ius naturale III, Anm. 1440. — ²⁾ Vgl. Voigt, Ius naturale III, Anm. 140. — ³⁾ Edict S. 234.

11. Buche das pignus und nicht die Fiducia behandelt. Der Inhalt der beiden anderen Ulpianstellen ist aber durchaus vereinbar. Die Anerkennung der Haftung in zwei Specialfällen durch Julian schliesst nicht aus, dass die vollständige Verallgemeinerung auf Pomponius zurückgeht.

d) Vierte Gruppe. — Fiducia cum amico bei der Zuwendung durch Mittelsperson.

1) fr. 12 D. Si quid in fraud. patron. 38, 5.

Javolenus libro tertio epistolarum.

Libertus cum fraudandi patroni causa fundum Seio tradere (mancipio dare) vellet, Seius Titio mandavit, ut eum accipiat, ita ut inter Seium et Titium mandatum contrahatur, quaero, post mortem liberti patronus utrum cum Seio dumtaxat, qui mandavit, actionem habet an cum Titio, qui fundum retinet, an cum quo velit, agere possit? respondit: in eum, cui donatio quaesita est, *ita tamen si ad illum res pervenerit*, actio datur cum omne negotium, quod voluntate eius gestum sit, in condemnationem eius conferatur. *Nec potest videri id praestaturus, quod alius possidet, cum actione mandati consequi rem possit, ita ut aut ipse patrono restituat aut eum cum quo mandatum contraxit restituere cogat. Quid enim dicemus, si is, qui in re interpositus est, nihil dolo fecit? non dubitabimus, quin omnimodo cum eo agi non possit. Quid enim? non potest videri dolo fecisse qui fidem suam amico commodavit quam alii, quam sibi ex liberti fraude adquisiit.*

Die Interpolation des vorstehenden Fragments ist unverkennbar. „Fidem accomodavit, quam alii quam sibi — adquisiit“ kann Javolen nicht gesagt haben.

Diese Schwierigkeit wird erheblich gemildert, wenn man eine Interpolation für fiducia annimmt¹⁾, sei es, dass man fiducia an die Stelle von fides oder die Worte accipiendo fiduciam vor quam einsetzt. Aber immerhin bleibt das für Ohr und Verstand gleich wenig ansprechende „quam alii, quam sibi“ stehen. Sodann bietet das Fragment Anzeichen für eine weitergehende Interpolation. In dem ersten Satz der Antwort

¹⁾ Gradenwitz, Das neu aufgefundene Fragment über die Formula Fabiana, diese Zschr. 9, S. 402.

ist die Bedingung „ita tamen si ad illum res pervenerit“ nach Form und Inhalt verdächtig. Eum und illum bilden einen undeutlichen Gegensatz. Die ganze Bemerkung ist überflüssig, weil nach der Anfrage Titius fundum retinet; sie ist widersinnig, weil sie die Haftung desjenigen „cui donatio acquisita est“ von einer Bedingung abhängig macht, deren Eintritt in dem Relativsatze bereits vorausgesetzt wird.

Der zweite Satz von nec potest an ist gleichfalls bedenklich, wenngleich nicht in hohem Grade. Ich glaube kaum, dass Javolen gesagt hat, der Seius kann das Grundstück dadurch erlangen (consequi), dass er den Titius zur Abtretung an den Patron zwingt. Auch fehlt unter den Befriedigungsmitteln das nächstliegende, die Abtretung der Klage¹⁾.

Weit bedenklicher sind Satz 3 und 4. Die Form ist rhetorisch (zweimal „quid enim?“) und schwülstig (*omnimodo agi non possit*). Eine unmittelbare Antwort auf den zweiten Theil der Anfrage wird gar nicht gegeben, die Begründung der Entscheidung selbst zum Theil vorausgeschickt. Endlich ist der Inhalt des ersten Satzes juristisch, der des zweiten thatsächlich falsch. Nach Ulpian²⁾ kommt es bei der actio Faviana auf den dolus des Empfängers überhaupt nicht an. Die Betonung des Dolus in dem vorstehenden Fragmente beruht entweder auf einer Verschiedenheit des Rechtes zur Zeit des Javolen, was nahezu ausgeschlossen ist, oder auf einem Rechtsirrthume, der nicht Javolen, wohl aber dem moralisirenden Tribonian nahe lag. Während nun der dritte Satz die Hypothese des Dolus als rechtserheblich aufstellt, verneint der vierte die Möglichkeit ihrer Verwirklichung. Es ist dies merkwürdig genug. Noch sonderbarer der Grund. Denn es scheint klar, dass die freundschaftliche Gesinnung gegenüber Seius den Dolus gegen den Patron nicht im mindesten ausschliesst. Die gegentheilige Ausführung ist Compilatorenarbeit. Die Entscheidung selbst erscheint richtig. Titius haftet nicht, aber nur deshalb, weil er keine Schenkung, überhaupt keine Bereicherung erhalten hat, *quia nil adquisiit*. Vielleicht ist

¹⁾ Vgl. als Gegensatz gerade das Fragmentum de formula Fabiana I, Z. 13: „secundum Javolenum quidem et post divortium ipse tenebitur, ut actiones suas praestet“, ferner das zweite Fragment dieser Gruppe. —

²⁾ Fr. 1, § 4. § 24 D. Ei quid in fraud. patrom. 38, 5.

diese Erwägung von den Juristen auch wirklich gegeben und nur von den Compilatoren zu ihren Zwecken verstümmelt worden. Folgender Vorgang ist denkbar. Javolen hat lediglich geschrieben „*nec potest cum eo agi, qui potius (ins.) fidem suam amico commodavit quam sibi ex liberti fraude adquisiit*“ (intransitiv). Die Compilatoren fanden die Entscheidung zu kurz oder schwer verständlich und gaben ihr eine moralische Begründung. Dabei ist *potius* aus Versehen oder desshalb, weil das Wort das edle Motiv des *Seius* ins Ungewisse stellte, beseitigt und die Wirkung auf den Nachsatz zunächst übersehen worden. Solche Fehler konnten bei der Eile der Arbeit vorkommen und stehen bleiben, wie z. B. fr. 34 und 39 D. 13, 7 beweisen. Sie konnten aber auch bei einer erneuten Durchsicht der abgeschriebenen Compilation entdeckt werden. Der Leser, welchem das interpolirte Original nicht vorlag, musste *quam* auf *fides* beziehen und *adquisiit* transitiv fassen. *Fides* stand dann für *res fidei commissae*. Eine derartige Metonomie mochte dem Gefühl eines Lateiners oder lateinisch lesenden Griechen des 6. Jahrhunderts mehr zusagen als uns. Aber es lag für ihn noch ein zweites gewichtigeres Bedenken vor. *Seius* hatte tatsächlich die *res* nicht für sich, sondern für einen anderen erworben; nur desshalb war er frei von *Dolus*. In dem Texte stand „*quam sibi adquisiit*“. Offenbar war dies ein Versehen, welches durch Einschlebung von „*alii, quam*“ vor „*sibi*“ verbessert werden konnte und verbessert wurde. Diese Entstehungsgeschichte des Fragments ist freilich nur Hypothese, deren nähere Begründung weder möglich noch an dieser Stelle erforderlich ist. Erheblich ist nur, dass das *Responsum Javoleni* eine sehr umfassende Interpolation erfahren hat und keinen sicheren Schluss auf *fiducia cum amico* gestattet.

2) Fr. 14 D. *quae in fraud. cred.* 42, 8¹⁾.

Ulpianus libro sexto disputationum.

Hac in factum actione non solum dominia revocantur, verum etiam actiones restaurantur. ea propter competit haec actio et adversus eos, qui res non possident, ut restituant et adversus eos quibus actio competit, ut actione cedant. proinde

¹⁾ Gradenwitz a. a. O.

si interposuerit quis personam Titii ut ei fraudator res *tradat*, *actione mandati* cedere debet. ergo et si fraudator pro filia sua dotem dedisset sciente fraudari creditores, filia tenetur ut cedat actione *de dote* adversus maritum.

Das Fragment behandelt ein durchaus ähnliches Rechtsgeschäft wie das soeben besprochene und ist auch in seiner Beurtheilung durch letzteres bedingt. Von dem vertretenen Standpunkte aus sind wohl „*tradat*“ und „*de dote*“, nicht aber „*actione mandati*“ für interpolirt zu erachten.

e) Fünfte Gruppe. — Fiducia cum amico bei der Schenkung von Todeswegen.

Unter diese Rubrik fällt eine einzige Stelle: fr. 42 D. de mortis causa donat. 39, 6 ¹⁾).

Papinianus libro tertio decimo responsorum.

Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset, usumfructum sibi recepit, et convenit ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponitur exceptio. *bonae fidei autem iudicio constituto* quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis Titii restitutam. incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in persona filiorum initium acceperat. sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? Utrum ergo certae conditioni donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? sed denegari non potest mortis causa factam videri. sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. muliere denique postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.

¹⁾ Vgl. Keller, Ueber L. Seia 42 pr. D. de mor. causa don., Zschr. f. Rechtswissenschaft von Savigny u. s. w. Bd. 12, S. 400 ff. Voigt, Conditiones ob causam, Anm. 662. Lenel, Palingenesia I, S. 939, fr. 702.

Nach Kellers Vorgang wird in den Worten „bonae fidei“ eine Interpolation für *fiduciae* vermuthet.

Indessen die Urheberschaft Papinians ist sachlich wie formell glaubhaft, diejenige der Compileren unwahrscheinlich.

Seia hat ihr Vermögen schenkungshalber an Titius übertragen und sich Rückgabe bei Vorversterben des Titius ausbedungen. Dieser Fall ist eingetreten, und Seia klagt, wie nach dem Zusammenhange anzunehmen ist, auf Rückübertragung des Eigenthums. Sie konnte dies Ziel mit zwei, möglicherweise mit drei Klagen erreichen: mit einer *condictio*, mit der später *actio praescriptis verbis* genannten Klage und wahrscheinlich mit einer *actio ex stipulatu*.

Aus verschiedenen Schenkungsurkunden¹⁾ und aus Rescripten²⁾ ist bekannt, dass nicht selten der durch Mancipation vollzogenen Schenkung eine Stipulation beigefügt wurde, die schlechthin auf Abwesenheit jedes Dolus, aber auch auf die Erfüllung von Auflagen gerichtet sein konnte.

Die *actio ex stipulatu* und die *condictio* waren *stricti iuris*. Dagegen ist es ziemlich wahrscheinlich, dass auch dann, wenn *praescriptis verbis* z. B. *de aestimato* geklagt war, ein *iudicium bonae fidei* gegeben wurde³⁾.

Die Möglichkeit liegt somit vor, dass Papinian an ein *agere praescriptis verbis* gedacht hat. Keller⁴⁾ giebt dies zu, entscheidet sich aber dennoch zu Gunsten einer Interpolation für *actio fiduciae*, einmal weil letztere *vulgaris* und ein *proprium iudicium* gewesen sei und zweitens weil die prägnante Bezeichnung, *bonae fidei iudicium* schlechthin, besser auf die *actio fiduciae* als auf die *actio praescriptis verbis* passe. Der erste Grund steht und fällt mit der Auslegung der Gaius- und

¹⁾ Vgl. *Fontes* II, 2 a, b, d. — ²⁾ Vgl. c. 9, 22, 28. *C. de donat.* 8, 53. — ³⁾ Vgl. Lenel, *Edict* S. 238: „Hält man diesen Bericht (Ulpian 32, fr. 1 *D. de aest.* 19, 3) mit den zahlreichen Stellen zusammen, in denen die *actio praescriptis verbis* als (*incerti*) *civilis actio* bezeichnet wird, und fügt man hinzu, dass dieselbe nach § 28 *J. de act.* (4, 6) und fr. 2, § 2 *de prec.* 43, 26 *bonae fidei* ist, so wird man nicht zweifeln können, dass *intentio* und *condemnatio* unserer Formel denen der übrigen *bonae fidei iudicia* durchaus entsprechen.“ — ⁴⁾ Keller a. a. O. S. 414.

der Würdigung der Boethiusstelle. Der zweite ist näher zu prüfen.

Auf den ersten Blick ist es thatsächlich auffallend, dass Papinian an Stelle eines individuellen Klagenamens den höchst allgemeinen und daher scheinbar unklaren Ausdruck *bonae fidei iudicium* gebraucht haben soll. Dennoch lässt sich die Wahl erklären. Papinian erwähnt das *iudicium* nur, um die Erhebung eines ihn näher beschäftigenden Einwands zu motiviren. Seja hatte sich verpflichtet, nach ihrem Tode das Vermögen an die Kinder des Titius zurückzugeben. Die Beklagten verlangen Caution für Erfüllung dieses Versprechens. Die Erhebung eines derartigen Gegenanspruchs war in einem *bonae fidei*, aber nicht ohne weiteres in einem *stricti iuris iudicium* zulässig. Desshalb und lediglich desshalb war es für Papinian erheblich, welche der drei eben erwähnten Klagen angestellt war. Nun lässt sich regelmässig eine nothwendige Erläuterung dadurch geben, dass der specielle Klagenname genannt und der Hinweis auf die erhebliche Eigenschaft zugefügt oder auch als selbstverständlich weggelassen wird. In dem Falle des Fragments fehlte dieser Ausweg. Denn wie Gradenwitz¹⁾ nachgewiesen hat, war der Ausdruck *actio praescriptis verbis* der klassischen Jurisprudenz unbekannt. Die Juristen sagen wohl *agere praescriptis verbis*, bezeichnen aber die Klage selbst nur als *actio civilis*, *actio incerti*. Diese Wendungen sind noch allgemeiner als *bonae fidei iudicium* und waren überdies für Papinian unbrauchbar, da sie auch auf *condictio* und *actio ex stipulatu* passen. Nur der Ausdruck *bonae fidei iudicium* bot die Möglichkeit, die *actio praescriptis verbis* von den concurrirenden Klagen abzuheben und zugleich den weiteren Vorzug, dass er gestattete, den Klagenamen und die erhebliche Eigenschaft durch dieselbe Wendung anzudeuten. Der beanstandete Ausdruck ist daher sachlich möglich, ja in seiner formellen Prägnanz Papinians würdig.

Die Urheberschaft der Compileroren erscheint nach beiden Richtungen bedenklich.

Justinian wollte nicht nur Ausdrücke, sondern Institute beseitigen. Wenn die Compileroren die *actio fiduciae* durch

¹⁾ Gradenwitz, Interpolationen S. 121—145.

ein allgemeines Wort ersetzt hätten, so würde der Richter, der sie zu geben gewohnt war, vor einem schwer lösbaren Räthsel gestanden haben. Es lag Veranlassung vor, einen speciellen Klagenamen zu wählen. Auch die Möglichkeit war durch die Einführung des Ausdrucks *actio praescriptis verbis* gegeben und lässt es sich gewiss nicht behaupten, dass die Juristen Justinians an anderen Stellen mit dem Gebrauche dieses Klagenamens zurückhaltend gewesen sind. Endlich ist *iudicium* und speciell *bonae fidei iudicium*, wie Gradenwitz ¹⁾ nachgewiesen hat, bei den Compilatoren nicht beliebt. Sie würden *bonae fidei actio* gesagt haben.

Somit dürfte das besprochene Fragment nicht die Anwendung der *actio fiduciae* bei der Schenkung, sondern nur beweisen, dass ein *agere praescriptis verbis* zu einem *bonae fidei iudicium* führte.

¹⁾ Gradenwitz, Interpolationen S. 104. 105. 107.

Miscellen.

Eine bisher unbekannte Handschrift des Justinianischen Codex befindet sich, wie Amedeo Crivellucci (Professor zu Pisa) in der Schrift: „I codici della libreria raccolte da S. Giacomo della Marca nel convento di S. Maria delle Grazie presso Monteprandone“ (Livorno, Raff. Giusti, 1889) p. 36 segg. mittheilt, im Gemeindearchiv zu Monteprandone, einer Stadt in der Provinz Ascoli piceno, und zwar in der Handschrift Nr. 8 der Büchersammlung, welche der in Monteprandone geborene H. Giacomo della Marca, † 1476, für sein Kloster S. Maria delle Grazie zusammenbrachte. Die Handschrift ist ein Palimpsest, dessen neuere Schrift aus dem Ende des 13. oder dem Anfange des 14. Jahrhunderts den erdichteten Briefwechsel des Apostels Paulus mit Seneca und die Briefe Senecas an Lucilius enthält. Das Pergament ist von drei älteren Handschriften genommen, und zwar 34 Blätter (die vier ersten nicht numerirten, sodann von den numerirten Bl. 52—59, 61—70, 81—91, 100) von einer Handschrift des Codex. Der Gesetzestext ist nach Crivelluccis Angabe (p. 38) sehr correct und zeigt nur wenige Abweichungen von der Krügerschen Ausgabe. Diese stimmen zum Theil mit der Berliner und der Cassinenser Handschrift (beide aus dem 11. oder dem Anfange des 12. Jahrhunderts) überein, zum Theil sind sie der Monteprandoner Handschrift eigenthümlich. Besonders interessant sind aber die gleichzeitigen Glossen, welche dem Texte theils zwischen den Zeilen, theils am Rande von verschiedenen Händen beigesetzt sind, und von denen Crivellucci p. 39—42 eine Anzahl mittheilt. Sie sind ihrem Charakter nach den von Chiappelli herausgegebenen Glossen der Pistoieser Codexhandschrift (10. Jahrhundert) verwandt, dem Inhalte nach aber sowohl von diesen wie von den Glossen der Accursischen Sammlung ganz verschieden. Crivellucci hat jedoch einzelne in der Vaticanischen Codexhandschrift 1427 (12. Jahrhundert) theils wörtlich, theils nahezu wörtlich wiedergefunden. Die litterargeschichtliche Bedeutung dieser Glossen wird sich freilich erst beurtheilen lassen, wenn das Alter der Codexhandschrift besser festgestellt ist, denn darüber gehen die Ansichten der von Crivellucci befragten Sachverständigen vom 10. bis zum 13. Jahrhundert auseinander! Die Mehrzahl, sagt Crivellucci p. 38, habe sich für das 11. Jahrhundert

ausgesprochen, und dem schliesst er selbst sich an. Auch mir erscheint im Hinblick auf Charakter und Inhalt der Glossen diese Meinung einstweilen als die annehmbarste, zumal da die beiden anderen Handschriften, welche das Pergament für die Briefe des Seneca geliefert haben, die eine aus dem 10., die andere aus dem 10. oder 11. Jahrhundert stammen. Auf jeden Fall ist sonach die Monteprandoner Handschrift einer näheren Untersuchung werth.

Fitting.

1. Eine unbekannte Constitution über die dos.

Zu den von Zeumer (ed. Formull.) als Cartarum Senonicarum Appendix herausgegebenen Formeln aus merowingischer Zeit (p. 208—211) gehört eine Donatio ad filios (1^a) nebst zugehörigem Mandat (1^b), Gesta (1^c), Verantwortung des Mandatars (1^d). Dieselbe steht, was Inhalt und Form anlangt, durchaus auf dem Boden der lex Romana, welche wiederholt angezogen wird. Die Donatio ist eine Schenkung von Todeswegen an die Söhne des Schenkers welche, wie es heisst, nach der Vorschrift der Lex unehelich sind, weil man bei Eingehung der Ehe mit der Mutter derselben keine cartola libelli dotis ausgefertigt habe (1^a dum non est incognitum, ut femina aliqua nomen illa bene ingenua ad coniugium sociavi uxore, sed qualis causas vel tempora mihi oppresserunt, ut cartolam libellis dotis ad ea, sicut lex declarat, minime excessit facere, unde ipsi filii mei secundum lege naturalis appellant, et filios in ea generavi u. s. w.; 1^c quem ipse, sicut lex declarat, in predictos filios suos illos pro eo, quod in bene ingenua femina illa ipsius generavit et tunc cartola libellum dotis ei secundum lege non adfirmavit, propterea iam dicti filii mei naturalis appellant u. s. w.). Dos ist dabei im germanischen Sinne als Gabe des Mannes an die Frau gedacht. Eine Vorschrift römischen Rechts, welche die Rechtsgiltigkeit der Ehe von der Bestellung einer dos im römischen oder germanischen Sinne abhängig macht, ist nicht bekannt; andererseits hält es doch schwer, wozu Schröder und Zeumer neigen, da die Formeln von einer Vorschrift der Lex — nicht der Lex et consuetudo — sprechen, dem Satze einen andern als römischrechtlichen Ursprung zuzuschreiben.

Wenn ich recht sehe, lässt sich das römische Gesetz in einem m. W. bisher unbekannten Texte nachweisen. Derselbe findet sich in Cod. S. Gall. 731, einer Handschrift aus dem Ende des 8. Jahrhunderts (vgl. Haenel I. R. V. p. LXXIII), mitten in einem Auszuge der Lex Romana Visigothorum. Zum Schluss der Novellen Valentinians stehen (p. 154, 155) zwei unzugehörige Texte, von welchen der eine zweite, eine Stelle aus Paulus Sentenzen, auch in einem Appendix zum Breviar überliefert ist (ed. Krüger, IV 10, 1 u. 2). Der erste Text lautet, wie folgt:

Utrumque constringat id est nūquam minorum(?) quam exegerit futurum uxor sponsalacia largitate dotis titulum noverit collatura . scituris puellis ut parentibus puellarum vel quibus cumque nupturis omnibus infamilie maculis(?) inorendus qui fuerint sine dote coniuncti ita ut nec matremunio iudicetur nec legitimi et his filii procreentur.

Sieht man von den ersten Worten ab, welche den Eindruck einer Interpretation bez. einer Glosse machen, so lässt sich aus der corruptirten Ueberlieferung etwa folgender Text gewinnen. Die Restitution nimmt kein anderes Verdienst in Anspruch als dasjenige, der Ueberlieferung möglichst nahe zu kommen und eine verständliche Lesung zu liefern.

Uxor sponsaliciam largitatem dotis titulo noverit collatura scituris puellis ut parentibus puellarum vel quibuscumque nupturis omnibus infamilie maculis inurendis qui fuerint sine dote coniuncti ita, ut nec matrimonium iudicetur nec legitimi ex his filii procreentur.

An der Authentizität dieses Satzes ist nach dem Inhalt und dem freilich corruptirten Text, sowie dem Fundorte desselben nicht zu zweifeln. Man wird vermuthen dürfen, dass eine Constitution des Codex Theodosianus (3, 13 oder 4, 6) vorliegt.

2. Zur Litteratur römischen Rechts im Zeitalter Justinians.

a) Lemmata zur Epitome Iuliani.

Die von Haenel, Iul. p. 69 sqq., herausgegebenen Summen (Lemmata) zum Julian sind nicht sämtlich zur Epitome Iuliani geschrieben. Vielmehr ist eine Anzahl (vgl. insbesondere zu Const. LIV, LX, LXII, LXIII), wie die Uebereinstimmung mit den Rubriken der griechischen Novellensammlung bez. des Authentikum ergibt, einer griechischen Vorlage entlehnt. — Näheres vgl. in meiner Schrift Gesch. der Quellen im früheren Mittelalter, S. 126 ff.

b) Turiner Institutionenglosse.

Ich halte die alte Turiner Institutionenglosse zum guten Theile für Uebersetzung einer griechischen Vorlage und zwar aus folgenden Gründen. 1) Die Glosse operirt mit griechischen Texten des Corpus Iuris (Gl. 1 = D. 27, 1, 2, 6; 12 = C. 1, 4, 30; 303 = C. 6, 4, 4). 2) Einzelne Wendungen der Glosse sind m. E. der griechischen Sprache conform, der lateinischen hingegen fremd (457 indebitum condictitii = *ὁ ὑνόμιστος χοנדίτιος*; 426 post constitutum [contractum] = Iulian. Const. III. c. 2 [*συνίστασθαι, σύστασις*]). 3) Eine Anzahl Texte lässt sich am besten begreifen, wenn man sie als missverständliche Uebertragungen aus dem Griechischen auffasst. Man vergleiche zu Gl. 415 hoc videtur tamquam ex praesumptione descendere Theophil. III. 20, 8; zu Gl. 416

adsimilatum Theophil. III. 21, 1 μετασχηματιζόμενον; griechisch ist ferner die Redeweise von Gl. 420 scriptura in litteris praesentia in verbis datione in re für in obligatione quae literis verbis re contrahitur. (Die Annahme Fittings, Tur. Glosse S. 89 u. Not. 44, dass dieser Sprachgebrauch in der späteren occidentalischen Litteratur wiederkehrt, theile ich nicht, da insbesondere die von ihm angezogene Glosse zum Brachyl. IV. 19, ed. Böcking p. 233, keinen Beleg liefert [es handelt sich gewiss um zwei Glossen, die eine quae competunt in personam auf personales actiones, die andere scilicet re verbis literis consensu auf quibus modis contrahatur bezüglich]). Auch die überaus platten Worte in Gl. 411 zu stipuleris (bez. stipulatur), id est interrogas (bez. id est interrogat) sind wohl Uebertragung eines τουτέστιν ἐπερωτᾷς. 4) Es finden sich zahlreiche Beziehungen zu des Theophilus Institutionenparaphrase, wie bereits Schrader, Fitting und Ferrini gezeigt haben, auch zu anderen Schriften der byzantinischen Litteratur (z. B. Gl. 1 und Anon. ad D. 27, 1, 2, 6 [Heimbach Basil. III. 679 sub Nr. 8], darunter auch gemeinschaftliche Irrthümer (454 = Theophil. III. 29, 3; 457 = Fragm. de obligg. causis [Ed. Haubold, Op. II. 351—353])). Die einfachste Erklärung dieses Sachverhalts ist doch wohl die, dass diese Beziehungen, welche zum Theil in wörtlicher Uebereinstimmung bestehen, die Folge der, wenn auch indirecten, Abhängigkeit der einen Schrift von der andern sind: es müsste dann aber schon mit Rücksicht auf die Entstehungszeit der Schriften die Glosse von Theophilus abhängig sein. 5) Die Annahme der Herkunft aus dem Griechischen erklärt auch zahlreiche Härten und Unbeholfenheiten (z. B. 1^b debere für posse, 139 excerpere für concludere, 211 legitimum für puberem, 356 puram rem stipulamur, 366 qui occasionem stipulationes fecerunt, 411 firme stipulatur, 417 qui certissime pecuniam mutuaverunt). — Des näheren ist die hier aufgestellte Ansicht entwickelt a. d. sub a) i. f. a. O. S. 112—116.

c) Die Sammlung De rebus ecclesiae.

Die von Haenel aus dem Cod. Utin. der lex Curiensis herausgegebene Sammlung von kirchenrechtlichen Capiteln der Epitome Iuliani (Sächs. Sitz.-Ber. 1857, 12 ff.) hat Eigenthümlichkeiten, welche sich am besten erklären lassen, wenn man ihre Entstehung in früheste Zeit versetzt. Sie hat nämlich zu Beginn des Textes die Worte Imperator Iustinianus omnibus praefectis. Alamannicus, Gothicus, Francicus, Augustus, und die Schlussclausel Expliciunt constitutiones imperatoris Iustiniani Pii Augusti de rebus ecclesiasticis data diversis temporibus praefectis praetoriorum. So weit ich sehe, können die Angaben über Titulatur des Kaisers und die Adresse der Constitutionen nicht aus Iulian entlehnt sein. Die Beschaffung derselben aus andern Quellen, bez. ihre Combinirung ist aber ganz gegen den Geist und das Vermögen der späteren Jahrhunderte. — Vgl. a. a. O. S. 148 ff.

3. Kanonensammlungen mit römischem Recht aus dem früheren Mittelalter.

a) Die Sammlung des Cod. Philipps. 1741 und S. German. 366.

Der Sammlung des Cod. Philipps. 1741 und S. German. 366 (vgl. Haenel l. R. V p. LXXXV Not. 389 und LXXXVI Not. 390) kommt in der Litterargeschichte des römischen Rechts im früheren Mittelalter eine grosse Wichtigkeit zu, insofern sie sich als Quelle desjenigen frühmittelalterlichen Autors ausweist, welcher über die ausgebreitetste Kenntniss der Quellen römischen Rechts verfügt; es ist dies Hinkmar von Rheims. Die weithin unzutreffenden Inscriptionen bei Hinkmar in seinen Allegationen von Texten aus dem zweiten Titel des 16. Buchs des vollständigen Cod. Theod. (12, 26, 35, 44, 47) erklären sich völlig und lediglich, wenn man Benutzung eines Auszugs des 16. Buchs (welcher auch die im Breviar aufgenommenen Texte, obschon separat, so doch nach dem vollständigen Cod. Theod. enthielt) annimmt, wie er in der bezeichneten Sammlung vorliegt. Es kann sich nur darum handeln, ob Hinkmar daneben auch noch aus anderer Quelle schöpfte. — Näher ist dieses ausgeführt und durch weitere Argumente gestützt a. a. O. S. 255 ff.

b) Die Sammlung des Cod. Vatic. 1339.

Die Sammlung des Cod. Vatic. 1339, über welche zuletzt Merkel in Savignys Gesch. d. r. R. im Mittelalt. VII. 73 ff. berichtet hat, liegt in einem besonders schönen Exemplar in dem Cod. Valicell. B. 11 vor. Die Handschrift scheint mir sicher nicht nach dem 10. Jahrhundert geschrieben zu sein und schon darum die auch aus anderen Gründen anfechtbare Versetzung der Sammlung in das 11. Jahrhundert (vgl. Boretius MGLL IV, p. LXIII, Note 77) nicht zu billigen. Sie enthält, wie ich vermuthe, auch unbekannte Stücke Heinrich des Voglers (1, 67 de his qui per pecuniam sunt ordinati. Henrici regis. Si quis per pecuniam — deiciatur; 1, 83 de etatibus quibus clerici consecrandi sint Henrici R. Si quis ante — nullatenus). — Vgl. a. a. O. S. 215 ff.

c) Neue Kanonensammlungen.

Cod. Vatic. Reg. 453, eine Sammelhandschrift, enthält, fol. 50—55 S. XII (?), das Fragment einer Kanonensammlung, welches Texte aus dem Breviar, der Epitome Aegidii, nebst in den Text gerathenen Glossen zum Breviar, einschliesst. Die Sammlung gehört wohl sicher Frankreich an. — Vgl. a. a. O. S. 264.

Cod. Vatic. 1348 enthält unter dem Titel Incipit liber excerptum ex sententiis canonum sanctorum patrum quod in V divisum est partibus eine Sammlung, in welcher im 22. Titel des 3. Buchs Iulian. Const. V. c. 7 aufgenommen ist. Das Papst- bez. Kaiserverzeichniss zu Ende der Handschrift schliesst mit Paschalis II. und dem 18. Regierungsjahr Kaiser Heinrichs II. (III.) ab.

4. Hinweis auf einen Palimpsest.

Cod. S. Gall. Nr. 908 enthält heute von einer Hand des 8. Jahrhunderts *Excerpta ex Isidoro et Augustino* und ein lateinisches Glossar. Die Handschrift ist rescribirt und aus verschiedenen alten Codices zusammengesetzt, deren Schrift zu einem guten Theil bereits entziffert ist (vgl. [Scherrer] Verzeichn. d. Handschr. d. Stiftsbibl. von S. Gallen S. 327, 328). Acht Blätter der unteren Schrift (p. 277—292) enthalten eine *Maulthierheilkunde* in Uncial aus dem 6. Jahrhundert, welche L. v. Arx auf den Papierblättern, mit welchen die Handschrift durchschossen ist, copirt hat. Schon der gedruckte Catalog erwähnt (a. a. O. S. 328 sub Nr. 8), dass sich unter dieser Uncialhandschrift des 6. Jahrhunderts Spuren von Briefen in allerältester Schrift finden. Dieselbe, welche von L. v. Arx als eine Cursiv aus der Zeit etwa des 4. Jahrhunderts characterisirt wird, könnte jedoch leicht einem juristischen Werk angehören, wie auch die Copie L. v. Arxs in der Handschrift (p. 280) sagt: *vestigia scripturae romanae cursivae antiquissimae de Politicis tractantis* L. v. Arx las nämlich folgendes:

exes . . cones ut d principis
 char . . . ducant: rumanus proponendi
 netur. em prid non apr . . m maco
 caribus,

(sodann mit einem Zwischenraum von etwa einer Zeile):

arbiter et iudex

(und die Entfernung zwischen dieser und der ersten Zeile etwa doppelt genommen)

illius qui crelum veletro secedens ad principem.

Die Worte *prid. non. apr.* will L. v. Arx sicher gelesen haben (cum pag. 280 linea 4 (sic) clare legitur: *prid. non. apr.* [a. a. O. p. 277]). Dass eine von sachkundiger Seite unternommene Lesung die Entzifferung fördern wird, kann ich nicht sagen, nur hoffen und wünschen. Zu einer näheren Bestimmung des Inhalts der Schrift, hinter der man an der entzifferten Stelle kaiserliche Constitutionen vermuthen mag, findet sich, soweit ich sehe, kein Anhalt.

Dr. Max Conrat (Cohn).

In der Innsbrucker Universitätsbibliothek wurden kürzlich durch den Bibliothekar an und in den Einbanddeckeln verschiedener Werke eine stattliche Anzahl Pergamentblätter von Pandekten- und Codexhandschriften aus dem 13., 14. und 15. Jahrhundert gefunden, welche, mit Ausnahme eines Blattes, auch die *accursische* Glosse enthalten. Die Pandektenhandschriften gehören zu jener Kategorie verstümmelter Handschriften, in deren Inscriptionen nur der Name der betreffenden

römischen Juristen, behufs Trennung der einzelnen Stellen, übrig geblieben ist; dagegen die Codexhandschriften zu jener Kategorie, in deren Inscriptionen nicht mehr als das Anfangswort „Imp.“ oder „Idem“ stehen geblieben ist, um damit die einzelnen Constitutionen von einander abzuheben.

Die gefundenen Blätter enthalten Stellen aus den Büchern 5, 17, 18, 28, 43 D., 1, 3, 4, 10 C.

Innsbruck.

Schiffner.

Gelegentlich einer spanischen Ferienreise ist es mir möglich geworden, dasjenige Madrider Manuscript nachträglich einzusehen, welches mir bei meiner Ausgabe von Azos Quaestiones (Freiburg i. Br. 1888) mangelte (s. dort S. 7). Ich möchte über das Ergebniss dieser Collation hier ganz kurz berichten; die Handschrift der Madrider Nationalbibliothek (früher Königliche Bibliothek) D 24 bezeichne ich als M und bediene mich im übrigen derselben Zeichen wie in meiner Ausgabe, als Ergänzung zu deren Vorwort diese Notiz zu betrachten ist.

M ist ein gut geschriebener und erhaltener Miscellen-Band aus der Mitte des 13. Jahrhunderts; die Anfangsbuchstaben sind vielfach hübsch miniirt oder auch blau verziert. Die Blätter sind von moderner Hand paginirt. Vor unserem Werk stehen bekannte prozessualische Tractate, nach demselben Roffreds Quaestiones; den Raum dazwischen, Blatt 57—62, füllen unsere Quaestiones, mit der Eröffnung: Incipiunt Quaestiones domini Azonis in nomine domini; und den Schlussworten: „diversitas bene notatur“. Mit diesen Schlussworten bricht M, an das Ende der letzten Colonne des Blattes gelangt, die Azonische Sammlung kurz vor Ende der in meiner Ausgabe Nr. XVIII tragenden Abhandlung mitten im Satze ab; auf dem anderen Blatte beginnen alsdann gleich die Roffredischen Quaestiones.

Einschliesslich dieses letzten Fragmentes nun enthält der so begrenzte, sich Azo zuschreibende Theil von M im ganzen 21 Stücke; und zwar genau dieselben wie P und Vat, nur dass das 17. Stück von P und Vat mangelt. Die Stücke 18—22 von P und Vat bilden, mit in sich gleicher Reihenfolge, M 1—4; P und Vat 1—16 bilden, in sich ebenfalls gleichgeordnet, M 5—21; die Texte von M einerseits, P und Vat andererseits, stimmen fast ganz überein, abgesehen etwa von unerheblichen Freiheiten oder Fehlern der Schreiber. M erscheint demgemäss als ein der Familie P Vat angehöriges Exemplar, bei welchem nur das Stück P und Vat 17 ausgefallen ist und die Stücke P und Vat 18—22 an den Anfang gestellt sind, während das so an das Ende gerathene Stück P und Vat 16 (= XVIII meiner Ausgabe, s. oben) mitten im Satze abbricht. Ob etwa ein ganzes Blatt nach Bl. 62 der Handschrift verloren gegangen ist, welches den Schluss von P und Vat 16

sowie P und Vat 17 ganz enthalten haben könnte, lasse ich dahingestellt. —

Die Rubriken fehlen in M wie bei Vat, im Gegensatze zu P; bezüglich der Siglen ist der Anschluss an Vat gleichfalls enger, als an P, da M zu P und Vat 11, 12, 7, 4, 6 (= Ordnungsnummer 11, 12, 15, 20, 22) wie diese beiden die Bezeichnung Azo trägt, dagegen zu P und Vat 18 (= Ordnungsnummer 19) die in P enthaltene, in Vat mangelnde Sigle nicht hat. Auch stimmt der Anfang Incipiunt etc. von M mit Vat überein, während P dergleichen nicht bietet; innerhalb der Familie scheinen also M und Vat näher untereinander als mit P verwandt zu sein, welches jedoch an Alter von keinem von beiden erreicht wird.

Uebrigens besitzt M an einer Stelle, zu Quaestio VIII meiner Ausgabe (= Ordnungsnummer 9, = P und Vat 2 = M 7) die Schluss-Sigle Azo, wo sich dieselbe weder in P noch in Vat findet. Da aber hier B mit der Sigle versehen ist, so bietet dieser einzige Ueberschuss von M über P und Vat Neues schliesslich doch nicht.

Aus dem hiermit Festgestellten folgt, dass für meine Textausgabe der Quaestiones Azonis die Nichtbenutzung von M keine Schädigung zur Folge gehabt hat, weder bezüglich der Gesamtanordnung noch der einzelnen Lesarten. Diese Ausgabe wird also, sofern sich nicht irgendwo noch unbekannte Handschriften finden sollten, als endgültig gesichert betrachtet werden dürfen. Die in dem Vorwort gegebenen handschriftlichen Ausführungen wären dagegen hiernach zu ergänzen; wer dies an Ort und Stelle thun will, würde es wohl am einfachsten dadurch erreichen, dass er sich zu der S. 14, 15 gegebenen Tabelle noch folgende Zahlen und Striche, Zeile für Zeile in einer Colonne unter dem Zeichen M, zuschreibe: 3. 2. 5. —. 1. —. —. —. 7. 15. 16. 17. —. 20. 12. —. —. 6. 8. 9. 10. 11. 13. 14. 18. 19. 21. —. 4. —. —. —. Ausserdem wäre der Buchstabe M in der Tabelle S. 17 zu setzen hinter 9, 11, 12, 15, 20 und 22.

Bonn, im Juni 1889.

Ernst Landsberg.

Litteratur.

Georg Kaufmann, Die Geschichte der deutschen Universitäten. Erster Band, Vorgeschichte. Stuttgart, Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1888, XIV und 442 S., 8°.

„Erster Band, Vorgeschichte“: mit diesem Titel ist die Charakteristik des vorliegenden Buches gegeben; von diesem Gesichtspunkte aus ist es zu betrachten; diesem Gesichtspunkte thut es ein volles Genüge. „Vorgeschichte“, d. h. nicht die eigentliche historische Untersuchung, sondern nur die Vorarbeit zu derselben, gewissermassen Einführung; wohl wesentlich dem so gesetzten Ziele übersichtlicher Zusammenstellung und der so gegebenen Mahnung, sich nicht in das wissenschaftliche Detail zu verlieren, verdanken wir es, wenn einmal ein deutscher Gelehrter sich entschlossen hat, auch ausserhalb des Gebietes der reinen politischen, Kunst- oder Litteraturgeschichte eine Auseinandersetzung über geistige Vorgänge des Mittelalters zu liefern, welche, für jeden Fachmann bedeutsam, doch für jeden geschichtlich Gebildeten lesbar und anziehend ist. — Und weiter: „Erster Band“: ein ganzer Band ist dieser Darstellung gewidmet. Ehe er an seinen Gegenstand, die Geschichte der deutschen Universitäten, herantrat, hat eben Kaufmann die Nothwendigkeit erkannt, sich gründlich mit der Geschichte derjenigen Anstalten auseinanderzusetzen, welche uns als Muster gedient haben; und da wir auf dem Gebiete des Universitätswesens zeitlich nun einmal zu den letzten gehören — last not least dürfen wir wohl selbst sagen —, so handelt es sich da um die Geschichte so ziemlich sämmtlicher alten Universitäten in Italien, Frankreich, England und Spanien. Vielleicht hätte derjenige, welcher sich vor etwa einem Jahrzehnt dieselbe Hauptaufgabe wie Kaufmann gestellt hätte, das Bedürfniss einer so umfassenden Vorstudie weniger empfunden und es bei ruhiger Anlehnung an v. Savigny bewenden lassen zu können geglaubt; seitdem sind aber die Ergebnisse jüngster universitätsgeschichtlicher Forschungen hinzugekommen; und seitdem gar der schwere Band Denifle mit seinen schweren Angriffen gegen Savigny erschienen ist, sind die Gegensätze so schroff geworden, dass, um weiter zu bauen, Kaufmann geradezu gezwungen war, sich sein eigenes Fundament zu legen. Neues Material in beträcht-

licherer Menge in dasselbe zu verhauen, ist er im Gegensatze zu dem Reichthum päpstlicher Archivalien, in welchem Denifle sich bewegt, nicht in der Lage gewesen; auch dürfte er solches beizubringen kaum als seine Aufgabe betrachtet haben; vielmehr findet er dieselbe in einer gründlichen Zusammenstellung, Durcharbeitung und kritischen Würdigung aller bisher das weite von ihm durchlaufene Gebiet behandelnden modernen Arbeiten, unter Zugrundelegung umfassender Lektüre aller möglichen mittelalterlichen Schriften. Darin, dass er den Rahmen des Gemäldes möglichst weit gezogen, nicht bloss eine äussere Universitätsgeschichte, sondern eine Geschichte der inneren, allgemeinen wissenschaftlichen Bewegung zu geben sich entschlossen und diesen Entschluss mit Geschick und Umsicht, in bewegter und anregender Darstellung durchgeführt hat, liegt das allgemeine Verdienst seines Werkes, welches durch die stete Berücksichtigung der rechtswissenschaftlichen Entwicklung uns Juristen besonders angeht. Die Aufgabe desjenigen, welcher es in einem rechtswissenschaftlichen Fachblatte bespricht, scheint mir daher zu sein, zunächst den Gesamtlinhalt in seinen Grundzügen vorzuführen, um sodann auf die für den Leserkreis dieser Anzeige namentlich wichtigen Punkte zurückzukommen.

Das erste Capitel Kaufmanns giebt eine Charakteristik der Mutter der Universitäten, der Scholastik, und die Skizze ihrer Geschichte. Der Betrieb der Scholastik war keineswegs, wie man noch heute vielfach annimmt, stets ein so todter, wie er den Humanisten erschien, sondern eine Zeit lang voll reichen Lebens; sie selbst auch keineswegs bloss eine durch Theologie gebundene Philosophie, überhaupt nicht bloss Theologie und Philosophie, sondern eine wissenschaftliche Richtung, welche das geistige Leben von 1050 — 1500 beherrscht hat. Ihr Streben, den Glauben zum Wissen durchzubilden, ihre Ueberzeugung, dass dies auf Grund des Aristotelismus möglich sei, zeichnen sie aus; gelang ihr solche Uebereinstimmung zwischen Glauben und Wissen herzustellen dennoch nicht, so flüchtete sie, lieber als die Erkenntniss des Wahren preiszugeben, zu dem Satze, „dass etwas nach der Philosophie wahr sein könne, was nach der ebenfalls als Wahrheit anzunehmenden Lehre der Kirche falsch sei, und umgekehrt“ (S. 4. 5). So liegt ihr Wesen durchaus nicht lediglich in der Abhängigkeit von der Tradition, es geht vielmehr ein rationalistischer Zug durch ihre Bemühungen, versetzt mit mystischen Elementen; auch die praktische Neigung ist daneben vorhanden, die Berechtigung der Gegenwart trotz aller Verehrung vor der Vergangenheit zu wahren. Sie hat sich als ihr eigenstes Produkt, in relativer Selbstständigkeit zwischen mittelalterlichen Staat und Kirche mitten hinein, als Heimstätte ihrer kühnsten Strebungen nach freier Forschung und als Centrum ihrer Thätigkeit die Universitäten geschaffen. Bezeichnend ist demgemäss für sie, dass die wissenschaftliche Bewegung in ganz anderem Grade als heute von der Schule getragen wurde, die Scholastik lebte von, in und wohl auch vielfach bloss gemäss der Schule; daher rührt die Form der Bücher, der Disputationen u. s. f., daher auch die spätere Entartung, welcher über

der Betrachtung der den Gegenstand behandelnden Vorgänger der Gegenstand selbst verloren geht; wie denn stets vorhanden ist die von der antiken Philosophie überkommene Neigung, die Bedeutung des Operirens an und mit Begriffen zu überschätzen. Ein weites Gebiet der Bethätigung fand sie zunächst bei grammatikalischen und ähnlichen Aufgaben, bei welchen sie in ihrer formalistischen Weise namentlich zur Ausbildung der Syntax hervorragend beigetragen hat. Hauptsächlich freilich waren ihrer Dialektik die Philosophie und Theologie verfallen, Studien, welche immer mehr die Richtung auf öde Schulzänkereien mit einem gelegentlichen Stich in verwegenste Rabulistik hinein nahmen; die Hohlheit solchen Treibens sah mancher ein, welcher es selbst zeitweilig mitgemacht hatte, wie jener Dozent, welcher vom Katheder zu dem beschaulichen Leben sich wendend schloss mit den Worten: *Linguo coax ranis, cra corvis vanaque vanis*. Je weiter wir in der späteren Geschichte der Scholastik schreiten, desto häufiger treffen wir auf solche Excesse und ihre Rückschläge; den Wendepunkt zu ihnen verlegt die herrschende Eintheilungslehre mit Recht in die Zeiten des Roger Baco und Duns Scotus, mit welchen die Periode des Verfalles oder der Zersetzung beginnt; während in der Zeit vor ihnen von Anselm (v. Canterbury) und Abälard bis zu Albertus Magnus und Thomas Aquinas die Linie stetig aufsteigt; die von Erdmann herrührende Annahme einer vorübergehenden Depression zwischen Abälard und Albertus wird mit dem Hinweise auf die *Sententiae* des Lombarden widerlegt (S. 38). Voran geht der Herrschaft der reinen Scholastik und ihrer Logik eine Epoche mehr grammatikalischer Beschäftigung mit dem Alterthum, voll eines wahrhaft innerlichen Dranges nach dessen Erfassung und nach Anlehnung an klassische Vorbilder, welcher in seiner naiven Mischung der Antike und des Christenthums bisweilen an die besten Zeiten der Renaissance erinnert, ja eigentlich schon eine erste Renaissance bedeutet. Der Sieg der Dialektik über diese mehr humanistisch-litterarische Strömung bezeichnet aber nicht etwa eine Erschlaffung, sondern eine gesteigerte Leistungsfähigkeit des wissenschaftlichen Sinnes; herbeigeführt haben diesen Sieg Anselm und Abälard, nicht ohne heftigen Widerstand zu finden und laute Klagerufe zu veranlassen. Nach ihnen erhielt die Entwicklung einen zweiten gewaltigen Anstoss, als um die Mitte des 12. Jahrhunderts dem Abendlande die ihm bisher unbekannten Schriften des Aristoteles durch Vermittlung theils der Byzantiner, theils der jüdisch-arabischen Philosophie Spaniens zugeführt wurden. Unter dem Einfluss dieses Anstosses ist der mit den Namen eines Albertus und Thomas schon bezeichnete Höhepunkt erreicht worden; sachlich liegt er in der Durcharbeitung des neuen Stoffes, der Durchbildung der grossen Probleme des Realismus und Nominalismus, der bleibenden Anregung der ewigen Zweifelfrage über das Verhältniss zwischen Glaube und Wissen. Seitdem sind in der Schule andere Fragen nicht mehr aufgeworfen, andere Materialien zur Beantwortung der alten Fragen nicht mehr erbeutet worden; indem die alten Kämpfe sich immer spitzfindiger wiederholten, begann die Versumpfung, welche jedoch

keine vollständige gewesen ist; noch im 15. Jahrhundert hat die Scholastik so bedeutende, glänzende und einflussreiche Vertreter aufzuweisen wie Peter d'Ailly, Gerson und Nicolaus v. Cues, ehe ihre Weltherrschaft den Angriffen der Humanisten erlag. Reichliche Früchte hat sie allseitig während der Jahrhunderte ihres Obwaltens gezeitigt: die Liebe zu Wissenschaft und Wahrheit hatte sie gepflegt, Kenntnisse und Bildung durch Einräumung hohen Ranges und hoher Aemter geehrt, nicht bloss Kleriker, sondern auch Laien herangezogen, nicht bloss in der lateinischen, sondern auch in der Volkssprache sich bethätigt; im einzelnen verdanken wir ihr, von theologischen Dingen abgesehen, die Festlegung der formalen Logik, Förderung der mit derselben Hand in Hand gehenden Grammatik, die Ausgestaltung der Wissenschaften des römischen und des kanonischen Rechts, tüchtige Arbeiten auch auf dem Gebiete der Musik, der Politik, ja selbst vereinzelt auf dem der Medizin und der Naturwissenschaften, auf welchem sie die Astrologie, gerade im Gegensatze zu abergläubischen Tendenzen der Renaissance, ernsthaft bekämpft hat. So war alles in allem „die Scholastik nicht nur eine Wissenschaft der Schule, sondern auch die Schule des modernen Geistes“ der Wissenschaft; als sein Organ sind die Universitäten entstanden.

Im zweiten Capitel sucht Kaufmann die Entwicklung derselben aus den Schulen des 12. Jahrhunderts hervor zu schildern. Bekanntlich hat Denifle einen solchen Zusammenhang geleugnet, wie man aber wohl wird ohne weiteres annehmen dürfen, nur in Folge engster Auffassung von dem, was man unter „Hervorgehen“ der einen Anstalt aus der anderen hier zu verstehen hat. Die Organisation der Universitäten lehnt sich nicht an diejenige der älteren Schulen an, sondern ist von originärer Bildung, das hat Denifle, häufig schlagend, dargethan; aber dass ein gemeinsamer Geist von den alten Schulen zu den Universitäten hinüberführt, eben jener Geist, welcher sich die neue Organisation, um seinen dringenden Bedürfnissen abzuheffen, geschaffen hat, das zeigt uns Kaufmann. — Während der ersten Jahrhunderte des Mittelalters herrscht völlige Lehrfreiheit; wer irgendwo lehren wollte, bedurfte bloss der Erlaubniss des Grundherrn; allenfalls gaben Ortsgewohnheiten den Scholasten einer Domschule oder ähnlich gestellten Pfründnern vereinzelte Privilegien; oder eine Obrigkeit nahm wohl das Recht in Anspruch, den fremden Ankömmling daraufhin zu prüfen, ob er zum Lehren idoneus sei; die Sitte verlangte dazu, dass, wer über ein Fach vortragen wollte, vorher einige Jahre hindurch bei einem anerkannten Lehrer desselben gehört habe; erfüllte er aber diese Bedingungen, so stand jedem ungehemmte Thätigkeit frei, in deren Ausübung er auf den Schutz des Papstes selbst gegen locale Uebergriffe rechnen konnte. Das überwachende Amt des Kanzlers, wie wir es später an den Universitäten treffen, ist eine Neuerung. Unter diesen Umständen ergab es sich natürlich, dass Gelehrte sich an den verschiedensten Orten, in Städten oder Klöstern niederliessen und eine Schule eröffneten, wenn ihnen gerade die Gelegenheit günstig, Lernbegierde ohne störende Concurrenz oder mit anregender Concurrenz vorhanden zu sein schien;

erfreuten sie sich eines gewissen Ruhms, so strömten die Scholaren auch von weit her hinzu und begleiteten sie, wenn sie den Sitz ihres Studiums verlegten, wie denn z. B. Abälard und Giraldus Cambrensis ein wahres Wanderleben geführt haben, welchem Kaufmann uns folgen lässt. Neben den Wanderschulen bildeten Dom- und Klosterschulen einen festen Kern; und Wanderlehrer, welche sich den Präceptoren dieser Anstalten überlegen fühlten, pflegten wohl an ihrem Sitze selbst sich niederzulassen, um von der dort herrschenden Uebung streng wissenschaftlichen Fleisses, dem gewohnheitsmässigen Zuzug der Lernbessenen und den bestehenden Einrichtungen für Verbleib derselben Vorthail zu ziehen. Auf derartige Weise gewannen gewisse Studienorte weitverbreiteten Ruhm und zahlreiche Schulen aller Art, welche ohne jede juristische oder organische Gemeinschaft nebeneinander bestanden; eine gewisse thatsächliche Gemeinschaft aber musste sich bilden, die Schüler trafen zusammen, lernten sich in den Kneipen kennen, besuchten sich gegenseitig in ihren Hörsälen, auch ging wohl ein Dozent in die Vorlesung oder, häufiger, Disputation des anderen, wie denn Lehrer und Schüler keineswegs streng von einander geschieden sind, vielmehr als schweifende Jünger der Wissenschaft denselben Wechselfällen ausgesetzt, auch im Alter einander nahegerückt, so in einander übergehen, dass der Ausdruck scholares oft beide Kategorien umspannte; mancher, der eine Wissenschaft lehrte, studirte gleichzeitig die andere. Das Leben dieser Scholaren ist ein freies, ungebundenes; der harten Disciplin des ersten grammatikalischen Unterrichts entronnen, ergiessen sie sich über die Welt, häufig ohne genügende Subsistenzmittel und klare Ziele, aber voll jugendlichen Leichtsinns und Enthusiasmus; ihren dem heutigen Burschenleben¹⁾ noch ganz adäquaten Anschauungen entspringen die *Carmina Burana*, aus welchen Verfasser eine Anzahl besonders charakteristischer Strophen zusammenstellt, unter Beifügung frisch nachempfunder Uebersetzungen. Solche Vaganten zog es dann zumeist zu den grossen Centren, als welche vor allen übrigen zwei hervortreten: für Theologie und Philosophie Paris, für Jurisprudenz Bologna; hier, oder auch an zahlreichen Sammelpunkten zweiter Ordnung, bestanden wahre Anhäufungen von Lehrern und Schülern, ehe von einem eigentlichen studium generale an ihnen die Rede sein konnte; endlich aber musste doch dieses chaotische Treiben eine gewisse Ordnung aus sich selbst erzeugen; Corporationen zu gemeinsamem Schutz gegen Bürger und sonstige Widersacher bildeten sich im mittelalterlichen Geist freier Vereinigung, zunfsmässig; es wurden allgemeine Lehrordnungen aufgerichtet oder übereinstimmende gewohnheitsmässig festgehalten; man suchte Deckung im Anschlusse an irgend welche Obrigkeit, einerlei welche; man ging, wieder echt im mittelalterlichen Sinne, darauf aus, sich durch Privilegien zu sichern; und die Universität,

¹⁾ Wie man sich wenigstens solches gerne noch vorstellt, so sehr es auch thatsächlich von den Auswüchsen eines vornehmthuenden Geistes verdrängt wird.

die bleibend eingerichtete hohe Schule, sei es nun für einige Facultäten, sei es für eine einzelne Facultät, war begründet.

Kaufmann theilt die einzelnen Universitäten, zu welchen er sich nun wendet, nicht ein mit Denisle nach dem Mangel oder dem Urheber (Papst, Kaiser u. s. f.) des Errichtungsbriefes; noch mit Savigny in diejenigen, an welchen nach dem Muster von Paris die Lehrer und ein obrigkeitlicher Geist, und diejenigen, an welchen nach dem Muster von Bologna die Schüler und ein republicanischer Geist geherrscht haben; sondern in Stadt-, Kanzler- und Staatsuniversitäten. Setzen wir hier an Stelle des bischöflichen Kanzlers in vollkommenerer Analogie zu den beiden anderen Bezeichnungen den Charakter der von ihm vertretenen Behörde ein, so erhalten wir städtische, kirchliche und staatliche Universitäten. Dass ein derartiger Gegensatz existirt, dürfte zweifellos sein; dass die Eintheilung auf ihm besser ruht, als auf dem ganz zufälligen und regelmässig secundären Umstand des Stiftungsbriefes, dürfte erwiesen sein; dass sie durch diese Basis umfassender wird, als die Savignysche, wird sich auch nicht leugnen lassen; immerhin scheint mir letztere mehr den wahren inneren Kern des Unterschiedes zwischen Paris und Bologna zu treffen, als Kaufmann (s. auch S. 344 flg.) zugeben will. Denn darauf führen, mag man nun die Entstehung dieser Verhältnisse wie auch immer erklären — und schon Savigny wusste, dass es sich da um eigenartige historische Vorgänge, nicht um bewusst republicanische oder monarchische Constructionen handelte — selbst wieder Kaufmanns Untersuchungen: Paris war die *universitas magistrorum*, mit strenger Hierarchie und wesentlich klerikalem Charakter; Bologna die *universitas scholarium*, mit einfacheren Graduirungen und dem Vorwalten eines laienhaften Elementes. Uebrigens kommt, da Savigny Neapel als Drittes, Besonderes für sich hinstellt, seine und Verfassers Unterscheidung schliesslich, abgesehen von dem durch die verschiedene Benennung verschieden gelegten Accent, ungefähr auf dasselbe hinaus.

Mit den Stadtuniversitäten Italiens beschäftigt sich das dritte Capitel; der Löwenantheil fällt natürlich Bologna zu. Wieso es Sitz der Wissenschaft wurde, ist im Anschlusse an Fitting und mehr noch an Ficker auf ravennatisch-pavesische Einflüsse zurückgeführt; wieso dann an diesem Sitze die Universität entstand, auf das Bedürfniss der fremden Scholaren, sich zu gegenseitigem Schutze corporativ aneinanderzuschliessen, wozu das Privilegium der *Authentica Habita* die Grundlage bot. Wie nun die Interessen der Stadt an der Universität mit denjenigen der Studenten oft in Conflict gerathen, die Stadt mit der Waffe des abgenöthigten Eides, die Studentenschaft mit derjenigen der Auswanderung kämpfen, wird näher geschildert; besonders erhalten wir Einblick in die Einführung fester Besoldung, den Vortheil, welchen die Professoren aus der Concurrenz zogen; ferner in die Bemühungen, z. B. Vercellis, durch vertragsmässige Stipulationen die Scholaren zu gewinnen; und in die schliesslich regelmässig obsiegende Politik stolzer Beharrlichkeit auf Seiten Bolognas. Die dortige Organisation wird

planmässig vorgeführt, indem der Reihe nach behandelt werden die Beziehungen zwischen Schülern und Docenten, diejenigen zwischen der Stadt und den Professoren, die Nationentheilung, die Facultätentheilung, die Collegien- und Promotionsverhältnisse, die Besoldung der Professoren und deren Wirkung, die herrschende Studienordnung; namentlich findet anziehende Entwicklung das, was uns über das Gebiet der bolognesischen „Schulindustrie“ überliefert ist, wie solche von Seiten der Lehrer durch Gewährung von Vorschüssen an Studenten, vor allem aber durch Einrichtung von Pensionen mit Studirzwang, Anstellung von Unterlehrern u. s. f. betrieben wurde. — Ausser Bologna erfahren besonders Padua, Perugia und Florenz, sodann noch Arezzo, Parma und andere blosser Doctorencollegien Berücksichtigung.

Für das vierte Capitel, welches die Kanzleruniversitäten in Frankreich und England behandelt, war der Mittelpunkt Paris gegeben. Die vielfach dort vorhandenen Keime einer Universität „fasste die Welt zusammen als scholae Parisienses“, zu welchen der laxere Sprachgebrauch auch die ausserhalb des eigentlichen Paris auf dem Gebiete des Klosters St. Genovefa gelegenen rechnete; „und man könnte sagen, der Ruhm vereinigte die in Paris und den Vorstädten vorhandenen Schulen, so verschieden sie waren, zu einem Ganzen, noch ehe sie durch gesetzliche Ordnung und Privilegien vereinigt wurden“. Raufereien mit den Bürgern, Klagen gegen die partheiischen städtischen Entscheidungen führten sodann die Magister dazu, sich im Interesse aller Scholaren zu einer Beschwerde bei dem Könige zu vereinigen; indem dieser auf die Bitten jener mit einem der Scholarenschaft ertheilten Privileg eingriff, war die Universität entstanden unter der von vornherein ausgeprägten Stimmführerschaft der Docenten; indem das Privileg die Scholaren an den Bischof und seinen Kanzler wies, war der Charakter der Kanzleruniversität, d. h. das kirchliche Uebergewicht, entschieden. Von da ab haben die Studenten sich weniger mehr der Stadt als ihres neuen Herrn, des Kanzlers, zu erwehren. Gegen denselben sich immer selbständiger zu stellen, gelingt ihnen hauptsächlich durch das Wohlwollen des Papstthums, welches damals, wie von Denifle klärlich und treffend dargethan, der Universitätsfreiheit ausserordentlich günstig gesinnt war; namentlich Honorius III. hat zu Gunsten sowohl der bolognesischen wie der Pariser Studien fortwährend fördersamst eingegriffen und entschieden; nichts wäre verkehrter, als wollte man die grossartige Richtung der Päpste jener Zeit, welche von der freiesten Entwicklung der Wissenschaft in keinem Sinne etwas fürchteten, sondern auf dieselbe hofften und bauten, aus proleptisch-protestantischer Gesinnung verkennen: ein Punkt, welchen ich gern bei Kaufmann etwas schärfer betont gesehen hätte. Kaum hatte sich so allmählich die Verfassung von Paris befestigt, als diejenige einer Magistercorporation, mit der bekannten eigenthümlichen Stellung der Artistenfacultät, mit einem, Stellung unmittelbar unter dem Papst beanspruchenden, Rector und mit zwei Kanzlern, so entstanden neue Wirren durch das Verlangen der Bettelorden, mehrere theologische Katheder zur Verfügung zu haben. Die

Peripetien des heissen Kampfes schildert Kaufmann äusserst lebhaft, unter Berücksichtigung des kirchengeschichtlichen Moments, der durch den Introductorius in evangelium aeternum innerhalb des Franziskaner-Ordens erzeugten Bewegungen; lieber als nachzugeben gingen die Magister bis zur Auflösung der Universität; aber dieses Mal stand der Papst auf Seite der Angreifer und entschied zu ihren Gunsten. Ihr Eindringen hat der wissenschaftlichen Entwicklung des Studiums zwar keineswegs geschadet (Thomas Aquinas!), aber der Anstalt, welche die Orden, namentlich die Dominikaner, nunmehr als Spitze ihres grossartigen Schulsystems benutzen konnten, ein entschieden mönchisches Wesen von da ab aufgeprägt. Damit steht es in Zusammenhang, dass über die freie Universität von da ab emporwuchern die an ihr gestifteten geschlossenen Collegien, wie die Sorbonne, das von Navarra u. a. m.; die Verfassungen derselben werden uns zum Schlusse vorgeführt, extreme Anschauungen aber, nach welchen dieselben Sitze strengster klösterlicher Disciplin mit Geissel- und ähnlichen Strafen gewesen wären, entschieden und mit Glück zurückgewiesen. — Eine weit kürzere Darstellung der Entwicklung zu Oxford und Cambridge bildet den Schluss dieses Capitels.

Das fünfte und kürzeste behandelt die Staats- und die spanischen Universitäten. Es geht aus von eingehender Besprechung der bekannten Verhältnisse zu Neapel und wendet sich sodann zu Lerida, von welchem dargethan wird, dass es trotz seiner königlichen Gründung mehr den Charakter der Stadtuniversität an sich trägt; „die Universität erscheint als eine von dem Könige für das Land gegründete Anstalt, aber der Staat übernahm die Leitung und die Beschaffung der Geldmittel nicht in eigene Verwaltung, sondern zog die Stadt und das Bisthum heran“. Die übrigen spanischen Universitäten, als unsern Verhältnissen fernstehend, werden in einer allgemeinen Schlusserörterung zusammengefasst.

Das letzte Capitel zieht für eine Reihe von Punkten die Summe der vorhergehenden unter der Ueberschrift: „Die Gleichartigkeit in der Entwicklung der Universitäten, im besonderen die akademischen Grade und die Stiftungsbriefe“. Durch die ganze Universitätsbildung geht unverkennbar ein grosser Zug: es ist derjenige gemeinsam scholastischen Studienbetriebes mit Studienfreiheit; charakteristisch für den Geist der Sache sind die nahen kameradschaftlichen Beziehungen zwischen Lehrern und Schülern, wie sie sich selbst in Paris erhalten und gefördert werden durch die allgemeine Sitte, dass der Schüler zunächst noch als solcher behufs Erwerbes eines Titels einige Vorlesungen halten muss. Die Vorlesungen sind überall genau zerlegt in ordentliche und ausserordentliche, fest eingetheilt und scharf überwacht; sie werden auch wohl nach einem bestimmten Plan, am entschiedensten so in Oxford, umgelegt. Das Ziel der Studirenden ist überall die Erringung eines akademischen Grades, in Paris haben sich die Schwierigkeiten, zu der höchsten Staffel des Magisteriums oder Doctorats zu gelangen, allmählich so vermehrt, dass die ursprünglich bloss vorbereitenden Stufen des Baccalaureus und Licentiaten feste Würden und Titel werden, mit

welchen sich die meisten begnügen; in Bologna ist eine so scharf vorgeschriebene Reihenfolge nie ausgebildet, der Doctorgrad stets der wesentliche geblieben, wenn schon auch hier die bedeutenden Kosten oft zum Verzicht auf die Schlussform der öffentlichen Prüfung nöthigten. Die Anerkennung der von der einen Universität ertheilten akademischen Würden durch die andere Universität ist stets leicht für die unteren, schwer für die obersten Titel durchgesetzt worden, um so schwerer, je berühmter die Anstalt, welche anerkennen sollte, im Verhältniss zu der verleihenden war: Bologna und Paris haben die Ausnahmestellung, sich allen fremden Doctoren und Magistern zu verschliessen, am längsten behauptet. Dass übrigens jede Universität ohne weiteres das Promotionsrecht habe, ist lange Zeit selbstverständlich gewesen und erst vom Papst Johann XXII. geaugnet worden, aus fiscalischen Interessen, um dann für dies Recht selbständige Privilegien verkaufen zu können. Derartiger Privilegien bedurften überhaupt nicht die ältesten Universitäten, welche nicht gegründet wurden, sondern aus den Bedürfnissen und wissenschaftlichen Trieben der Zeit von selbst entstanden, höchstens unterstützt durch Schutzbriefe wie die Authentica Habita und die Befreiung studirender Kleriker von der Residenzpflicht. Als aber die Universitätserrichtungen zahlreich auf die Tagesordnung kamen, da blieb auch eine juristische Theorie für dieselben nicht aus, welche von den Postglossatoren im Anschlusse an Aeusserungen Justinians durchgebildet sich bis in die spanischen Gesetze hinüberzieht; dieselbe behauptete, zur Errichtung einer Universität, eines wahren studium generale, bedürfe es, wofern ihn nicht älteste Gewohnheit ersetze, eines Stiftungsbriefes seitens des Papstes, Kaisers oder Landesherrn. Daher rührt es, dass, „während im 13. Jahrhundert keine einzige Stadt in Italien für ihr Studium einen Stiftungsbrief erbat, es im 14. und 15. sehr viele thaten, und zwar erbaten sie dieselben theils für bereits bestehende Anstalten, theils bei der Gründung“ (S. 385). Absolute und ausschliessliche Anerkennung jedoch hat die Theorie nie gefunden; und stets muss man, wo Stiftungsbriefe vorliegen, unterscheiden, ob dieselben wirklich einer Neubildung zur Grundlage dienen sollen oder nur dem mittelalterlichen Wunsch entspringen, Privileg auf Privileg behufs Erhöhung der Sicherheit für ein bereits bestehendes Studium zu häufen; ihrer Fassung, welche durchweg im Kanzleistil der Zeit so lautet, als beginne erst jetzt, was vielleicht schon Jahrhunderte hindurch offenkundig blüht, ist in dieser Beziehung am wenigsten zu trauen.

Ein Anhang mit mehreren Beilagen ist angefügt. Auf die erste derselben, welche von den Statuten Bolognas handelt, werde ich zurückkommen; die zweite bespricht Reggio und Siena, die dritte Toulouse, Montpellier und Orléans; die übrigen Beilagen und Nachträge zu den Anmerkungen sind untergeordneter Natur und brauchen hier nicht weiter aufgezählt zu werden. Ein alphabetisches Register der citirten Werke bildet den Schluss des Bandes. —

Bereits als ich in dieser Zeitschrift eine Reihe kleinerer, deutscher und italienischer Festschriften anzeigte, welche, wie Kaufmanns Buch,

der Universität Bologna, „welche zuerst der akademischen Freiheit rechtliche Formen gab“, zum 800jährigen Jubiläum gewidmet sind, erlaube ich mir zum Schlusse darauf hinzuweisen, um wie viel besser als an die dort vorgeführten byzantinischen Ideen Tamassias der Aufschwung der Wissenschaft des römischen Rechts zu Bologna sich an die allgemeine Entwicklungsgeschichte der Wissenschaft im Mittelalter anknüpft, wie Kaufmann letztere darstellt und diese Angliederung vornimmt. Entscheidend ist namentlich diejenige Zusammenstellung von Daten und Citaten (S. 38 flg.), durch welche die humanistisch-klassische Richtung des 11. Jahrhunderts nachgewiesen wird. „Die grösste Leistung dieser humanistischen Versenkung in das Alterthum war die Wiedererweckung der Wissenschaft des römischen Rechts. Sie vollzog sich in engster Verbindung mit den sprachlichen Studien der Zeit. Irnerius soll Lehrer der Grammatik gewesen sein. Weil die humanistische Richtung in dem Corpus iuris ein so bedeutsames Object hatte, so erhielt sie sich in der Rechtsschule noch lange Zeit, als sie in den übrigen Disciplinen bereits der Scholastik den Sieg gelassen hatte“ (S. 41). Diese Anschauung erscheint mir als eine gesunde und befriedigende, für welche vor allem auch der Umstand sprechen dürfte, dass sie sich mit sämmtlichen uns sonst bekannten Elementen der Blüthe Bolognas wohl verbindet; durch Fitting und Ficker sind uns die besonderen Quellen bolognesischer Rechtskenntniss und -Behandlung bekannt geworden; Savigny hat auf die allgemein, politisch und wirthschaftlich, günstigen localen Verhältnisse lombardischen Städtelebens aufmerksam gemacht; nehmen wir die von Kaufmann geschilderte allgemein wissenschaftliche Zeitströmung hinzu, so gewinnen wir immer allseitigere Begründung dafür, dass in Bologna nicht das alte, verglimmende Licht frühmittelalterlichen Rechtsbetriebes weiter geschwält hat, sondern eine neue Leuchte dem römischen Recht entzündet worden ist. Auf den Zusammenhang zwischen der neuen Richtung, welche die Glossatoren dem römischen Recht gaben, und den allgemeinen wissenschaftlichen Vorgängen, weist es ja auch hin, wenn dann ebenso später zwischen Rechtswissenschaft und Scholastik allgemeinhin eine Parallelbewegung stattfindet, wie Kaufmann sie bestätigt und ich sie schon in meiner „Glosse des Accursius“ (S. 34 flg.) nachgewiesen hatte. Der von Kaufmann betonte Einschnitt in die Geschichte der Scholastik durch das Hinzukommen neuen Materials in Folge der nun bekannt werdenden Schriften des Aristoteles entspricht, wie ich gezeigt habe, genau dem Einschnitte zwischen Glossatoren und Postglossatoren; die Zurückdrängung des humanistischen Elementes und die Entscheidung zu Gunsten der dialektischen Behandlung erfolgte wie für die gesamte Wissenschaft so auch für diejenige des römischen Rechts durch das Ueberwiegen des Pariser Einflusses (S. 50), dessen Vordringen nach Bologna sich genau verfolgen lässt (vgl. ein erstes Symptom in den von mir herausgegebenen Quaestiones Azonis, Quaestio X Note α); wie dabei in der ganzen Scholastik Berücksichtigung des praktischen Lebens keineswegs ausgeschlossen war, so auch nicht in der Romanistik

(S. 77. 61): und wie schliesslich die Scholastik, Mangels frischen Materials zu steter Wiedervornahme der Meinungen aller Vorgänger genöthigt, zu Grunde gegangen ist an der Neigung zu hohlen Spitzfindigkeiten, so ist bekanntlich aus denselben Gründen (glossant glossarum glossas) zu derselben Zeit die Entartung der italienischen Jurisprudenz eingetreten (S. 77). — Auch die Entwicklung des kanonischen Rechts hat Kaufmann in den Kreis seiner Darstellung gezogen und mit Fug hier diejenige Seite betont, durch welche es als „einer der einflussreichsten Factoren in dem Getriebe der mittelalterlichen Kulturwelt“ erscheint (S. 84). „Tausende, die von dem kanonischen Recht nichts wissen wollten, denken mit Begriffen, leben in Vorstellungen über Ehe, Eigenthum, Grenze der öffentlichen Gewalt, Recht der Individualität, Handel und Verkehr u. s. w., welche unter dem massgebenden Einfluss des kanonischen Rechts und der Erörterungen der Kanonisten ausgebildet worden sind“; Gedanken, welchen ich gern beipflichte, mit ausdrücklicher Ausnahme jedoch bezüglich der Anschauungen des Handels und Verkehres. — Des Verfassers Andeutungen über den Weg und die Wirkungen des Eindringens beider Rechte, des römischen und des kanonischen, in das ausseritalische bürgerliche Recht (S. 78 f., 85 z. E.), sind gleich geschickt geschrieben, scheinen mir auch eine durchaus gerechte Würdigung der Thatsachen zu bieten, ohne mir jedoch zur Hervorhebung weiterer Einzelheiten Veranlassung zu geben.

Entwickelt uns Kaufmann die Geschichte mittelalterlicher Rechtswissenschaft als einen Zug der Scholastik, so lag eine derartige Behandlung allerdings demjenigen besonders nahe, welcher seinerseits wieder die Geschichte der Scholastik nur zu Zwecken der Universitätsgeschichte durcharbeitet und vorträgt; gehört doch der Jurisprudenz die eine der beiden scholastischen Hauptuniversitäten an, Bologna. Kaufmann war in der Lage, uns Bolognas Verfassung zu schildern unter Benutzung nicht nur der, sachlich ja unbestreitbar verdienstlichen, neuen Beiträge in Denisles Buch über die Entstehung der Universitäten, sondern auch der inzwischen noch von Denisle entdeckten und herausgegebenen ältesten Statuten von 1317/47. Wenn nun, obschon Kaufmann von dieser seiner günstigen Situation eifrig Gebrauch gemacht hat, doch seine Ergebnisse demjenigen, welcher Savignys Werk kennt, im grossen und ganzen wenig Neues oder gar Ueberraschendes bieten, so erfährt damit Savignys Methode, welcher sich Mangels Kenntniss der ältesten Statuten auf die späteren, 1561 gedruckten von 1432 hatte beschränken und die Annahme zu Hilfe nehmen müssen, dass in letztere „wohl das Meiste und Wichtigste“ unverändert hinübergenommen sei, eine letzte und endgültige Bestätigung: Eine beziehentlich zwei Scholarenuniversitäten (der citra- und ultramontani) mit Ausschluss der Professoren und der Einheimischen; an ihrer Spitze ein Scholar als Rector, neben demselben, zur Vertretung der einzelnen Nationen, deren Consiliarien; die Berufung der Lehrer durch die Zuhörer, später mit Unterstützung seitens der Stadt durch Besoldungen; dem Scholarenverband fremd gegenüberstehend die Collegien der Doctoren, welche zusammen mit dem Kanzler

das Promotionswesen leiten; feste Studienordnung und peinliche Beaufsichtigung der Docenten (das System der puncta ist allerdings Savigny noch fremd gewesen); Kämpfe mit der Stadt, Auswanderungen, Rückkehr: alle diese Dinge sind uns altvertraut und wenn sie nun auch mit zahlreichen Modificationen in den Einzelheiten auftreten, so ist dieser zweifellose Fortschritt doch einer von denjenigen, über welchen sich der Ueberholte selbst am meisten zu freuen berufen wäre. Am erwähnenswerthesten ist vielleicht die durch Denifles Urkunden möglich gewordene genauere Datirung, namentlich der Entwicklung des Nationenwesens; während noch in den ersten Jahrzehnten des 13. Jahrhunderts die kleineren landschaftlichen Verbindungen vorwiegen, treten 1250 zum ersten Male die beiden grossen Universitäten der citra- und ultramontani auf. Indem wir nun so mit Kaufmann die Hauptresultate Savignys bezüglich der Organisation Bolognas auch für das 13. und 14. Jahrhundert beglaubigt finden, wären wir damit an den Punkt gelangt, an welchem gerade in dieser Zeitschrift es geboten wäre, ausführlicher die Vertheidigung der Savignyschen Methode wiederzugeben, welche Kaufmann gegen Denifles Angriffe hauptsächlich in seinem ersten Anhang (S. 414 flg.) mit durchschlagendem Erfolge führt, wäre dieselbe nicht durchweg nur eine kürzere Zusammenfassung desjenigen, was Kaufmann bereits hieselbst (Germ. Abth. Bd. VII S. 124 flg.) gründlich auseinandergesetzt hat¹⁾. Immerhin ist die Gelegenheit zu günstig, dem Historiker den Dank eines Juristen auszusprechen für das Verdienst, welches er sich um Savigny sowohl durch jenen Artikel wie durch Wiederaufnahme des Hauptinhalts desselben in sein Buch erworben hat, als dass ich sie unbenutzt vorübergehen lassen möchte. Denn, welcher deutsche Jurist fühlte nicht, dass Angriffe gegen die Wissenschaftlichkeit des Mannes, welchen wir als den höchsten unter uns verehren, uns Alle und den ganzen Rang unserer Wissenschaft mitbetreffen? Und die Anklage unwissenschaftlichen Verfahrens ist es zweifellos, welche Denifle (vgl. besonders S. 181 seiner Universitäts-geschichte) erhoben hat, indem er Savigny vorwirft, die Verhältnisse älterer Zeiten nach weit späteren Quellen so dargestellt zu haben, als ob sich jene aus diesen positiv ergäben. Dem Romanisten freilich mag eine solche Anklage unglaublich in sich selbst erscheinen, gerichtet gegen einen Mann, aus dessen Vorrede zum „System des heutigen römischen Rechts“ uns die meisterhafte Entwicklung der gerade entgegengesetzten Vorschriften über die Behandlung zweifelhafter Stoffe stammt, welcher schliesst mit den Worten: „Die genaue Bezeichnung, die gewissenhafte Anerkennung dieser Grade (der erreichbaren und erreichten Wahrscheinlichkeit) gehört ebensowohl zum sittlichen, als zum wissenschaftlichen Werth unserer Arbeit“ (S. XXXIV); gerichtet gegen denjenigen Mann, dessen kritisch-sorgfältige Methode wir in historischen wie dogmatischen Abhandlungen gleichmässig zu bewun-

¹⁾ Ebendort finden sich auch die genaueren Angaben über die ältere Polemik zwischen Kaufmann und Denifle.

dern Gelegenheit haben; so unglaublich mag uns diese Anklage klingen, dass wir sie vielleicht nicht einmal einer Widerlegung für würdig erachten möchten; nichts destoweniger bedurfte es, sollte kein giftiger Keim sitzen bleiben, einer solchen detailirten, sachkundigen, ein Missverständniss Denifles nach dem anderen — Kaufmann redet geradezu von Erfindungen und Verdrehungen — aufklärenden Widerlegung, wie sie Kaufmann in den Blättern dieser Zeitschrift giebt. Hinzugekommen ist in dem vorliegenden Buche Kaufmanns eine Abfertigung des letzten, aussichtslosen und haltlosen, Versuches, welchen Denifle inzwischen in seinem Archive (III 399f.) zur Rettung seiner Behauptungen gemacht hat.

Indem ich hiermit die sachliche Besprechung beende, kann ich nicht umbin zum Schlusse mein Bedauern darüber auszusprechen, dass das Buch hinter dem, was es sonst hätte sein können, leider zurückbleibt durch einen gewissen Mangel der letzten glättenden Hand, welcher sich vielfach fühlbar macht. Die Menge amtlicher Geschäfte und eine Krankheit, deren das Vorwort in anderem Zusammenhange erwähnt, werden den Verfasser persönlich gewiss entschuldigen; um so offener wird man den Wunsch äussern dürfen, dass eine zweite Ausgabe hier Abhülfe schaffen möge. Da sind zunächst die überlaufenden Anmerkungen, die untergeordneten Anhänge und Nachträge, welche zu beschneiden oder einzuordnen wären, sodann in der Benutzung der Litteratur die kleinen Ausstände, wie denn z. B. Sierkes Genossenschaftsrecht (dritter Band) über die politischen, Endemanns Studien über die wirtschaftlich-kanonistischen Ideen des Mittelalters reiche Aufschlüsse gegeben haben würden; namentlich aber sprachliche Unebenheiten in grösserer Anzahl¹⁾, welche um so mehr verletzen, je günstiger der Gesamtstyl der Darstellung in seiner leichten Ungebundenheit, lebhaften Frische und aller zopfigen Systematik abholden Energie wirkt. Allen diesen Kleinigkeiten wäre gewiss leicht abgeholfen; nur klage man diese Zeilen, weil sie solcherlei berühren, nicht eben jener Zopfigkeit an, welche vermieden zu haben sie dem Verfasser nachrühmen; vielmehr geschieht dieser Dinge Erwähnung lediglich aus der Ueberzeugung hervor, dass schliesslich wesentlich von ihnen die Verbreitung eines Buches in weiteste Kreise und seine Dauer abhängen, beides Vortheile, welche man gerade diesem Bande angelegentlich gesichert sehen möchte. Dagegen würde ich wirklich fürchten, der philisterhaften Kritelei geziehen zu werden, wenn ich ernsthaft hervorheben wollte, was sich alles gleich gegen den ersten Beginn des Buches ein-

¹⁾ Ich habe mir notirt: S. 5: Mittel? der Wissenschaft; S. 9: „dass es nicht gehe“; S. 16: „In der Theologie konnte keine Veränderung kommen“; S. 17: „weniger die Thatsachen“; S. 26: „das epitome rei militaris“; S. 43: „um . . um“; S. 66: „der Heisshunger, der unverdaut liess“; S. 74: „seine Schriften . . zusammen mit seinen Fortsetzern sind . . die vollendetsten Erzeugnisse“; S. 80: „Der Zustand der deutschen Lokalrechte war es nicht“ u. s. f. u. s. f. bis S. 369 Anm. 1: „die doctoratu carentes konnten nicht zu einer besoldeten Professur gewählt werden, aber ohne Beschränkung, an welchem Orte sie promovirt hätten“.

wenden liesse, da, wo Kaufmann meint, die Freiheit der Wissenschaft sei im Mittelalter eine grössere gewesen als im klassischen Alterthum, und zum Belege dafür bemerkt: „Sokrates starb im Kerker und Aristoteles und Anaxagoras mussten aus Athen fliehen“: man braucht nicht die allegirten Stellen nachzusehen, aus welchen deutlich hervorgeht, dass Sokrates, Anaxagoras und Aristoteles verfolgt wurden entweder aus ihrer Lehre ganz fremden politischen Gründen oder wegen solcher Angriffe gegen die Grundlagen der damaligen Gesellschaft, wegen deren sich im analogen Falle erst recht das Mittelalter und wohl auch unsere, schliesslich wohl eine jede, theoretisch die „freie Wissenschaft“ noch so sehr lobpreisende Zeit unduldsam erweisen würde, — man braucht diese Stellen nicht nachzuschlagen, um zu verstehen, dass Kaufmann selbst hier nur ein zur Einleitung in seine Gedankenwelt recht geeignetes geistreiches Paradox aufstellen will.

Bonn.

Ernst Landsberg.

Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. Von Paul Jörs, Professor in Kiel (jetzt Giessen). Erster Theil: Bis auf die Catonen. Berlin 1888. Verlag von Franz Vahlen.

Der Plan des Verfassers geht dahin, eine Geschichte der römischen Rechtswissenschaft zugleich für den Juristen und den Philologen zu schreiben, wobei er im wesentlichen die Kenntniss der Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts beim Leser voraussetzt. Die Beschränkung auf die Zeit der Republik rechtfertigt sich, wie er erklärt, einmal dadurch, dass in dieser Zeit sowohl der Rechtsstoff in der Hauptsache zusammengetragen, als auch die wissenschaftliche Methode der Bearbeitung desselben in ihren Grundzügen festgelegt wurde; ferner dadurch, dass die republicanische Jurisprudenz in nachweisbarem engem Zusammenhang mit dem gesammten geistigen Leben ihrer Zeit steht, während in der Kaiserzeit die Rechtskunde schon viel zu sehr Fachwissenschaft geworden war, als dass eine Litteraturgeschichte etwas wesentlich anderes sein könnte, denn eine Geschichte der Entwicklung des materiellen Rechts unter Beifügung biographischer Notizen. — Auch innerhalb der republicanischen Zeit soll nur die eigentlich wissenschaftliche Jurisprudenz eine erschöpfende Darstellung finden, die vorausgegangene empirische Rechtskunde lediglich einleitungsweise behandelt werden. Die eigentliche Darstellung soll daher beginnen mit der Zeit der grachischen Revolution und fortgeführt werden bis auf Servius Sulpicius Rufus.

Der bis jetzt vorliegende erste Theil gehört nach dem soeben Ausgeführten der einleitenden Darstellung an. — Nach einer Einleitung i. e. S., enthaltend eine Vergleichung von Recht und Rechtswissenschaft

in der republicanischen und Kaiser-Zeit, sowie einer kritischen Beleuchtung der juristischen Litteraturgeschichte des Pomponius, folgt zunächst in einem ersten Capitel eine Schilderung der pontificalen Jurisprudenz. Dem Pontificalcollegium wird ebenso wie den einzelnen pontifices seit ältester Zeit eine wesentlich berathende Stellung in sacralrechtlichen und privatrechtlichen Dingen zugewiesen. Sie ertheilen Rath über die Abfassung von Rechtsgeschäften (*cavere*), über die Anstellung von Klagen (*agere*) und geben Gutachten über vorgelegte Rechtsfragen (*respondere i. e. S.*). Sie stützen sich dabei auf eine besondere Rechtskenntniss in Folge der Thatsache, dass in einem ihnen allein zugänglichen pontificalen Archiv die Formulare für Rechtsgeschäfte und Klagen, sowie die Präcedenzfälle für Rechtsgutachten aufbewahrt wurden. Die Thätigkeit blieb zunächst dieselbe auch nach der Zwölftafelgesetzgebung. Vermittelst des *Cavirens*, *Agirens* und *Respondirens* wurde das Gesetz interpretirt; insbesondere nahmen die pontifices die officiële Redaction der *legis actiones* ausschliesslich für sich in Anspruch. Auch nachdem durch die Veröffentlichung der Actionsformulare im *ius Flavianum* und *Aelianum*, die Publication des Kalenders und das *publice respondere* des Oberpontifex Tiberius Coruncanus die Jurisprudenz in weitere Kreise gedrungen war und sich in Folge davon ein besonderer Juristenstand gebildet hatte, bewegte sich die wissenschaftliche Thätigkeit in den von den pontifices eingeschlagenen Bahnen weiter. Den litterarischen Abschluss dieser pontificalen Periode bilden die *Tripertita* des Sextus Aelius, in welchen das gesammte damalige Privatrecht, das Gesetzesrecht, das im Anschluss daran durch *interpretatio* entwickelte Recht, sowie das Actionenrecht enthalten war.

Im zweiten Capitel mit der Ueberschrift „Recht und Juristen seit den punischen Kriegen“ bespricht der Verfasser zuerst die Entwicklung des von ihm so genannten Weltrechts (*ius gentium*), dessen Eindringen ins Landrecht, sein Verhältniss zu dem alten *ius civile* und zu dem auf Grund des Formularprocesses gleichzeitig neu entstehenden *ius honorarium*, um hierauf die Wissenschaftsgeschichte bis zu den ersten Anfängen einer dogmatischen Jurisprudenz weiter zu verfolgen. Während die Cautelarjurisprudenz auf dem Gebiete des Weltrechts mehr und mehr gegenüber dem Respondiren im engeren Sinn zurücktritt, gewinnt das Agiren, d. h. die Berathung beim Postuliren der Formel, jetzt im Formularprocess erhöhte Bedeutung. — An das Respondiren i. e. S. knüpft sowohl die älteste wissenschaftliche Litteratur, die Responsensammlungen und Commentare, als der älteste Rechtsunterricht an. Daneben entstand jedoch schon zu dieser Zeit ein propädeutisch-isagogischer Unterricht und eine damit zusammenhängende Litteratur. Zu der letzteren gehört der juristische Theil der *praecepta ad Marcum filium* des alten Cato, der am Ende dieser rein empiristischen Jurisprudenz steht, obwohl er nicht ausschliesslich und nicht in erster Linie Jurist war.

Die ersten Anfänge einer eigentlichen Rechtswissenschaft sind zu erblicken in der vom vom Verfasser sog. Regularjurisprudenz, deren

Wesen und Bedeutung in einem dritten Capitel geschildert wird. In der Ausbildung der grossen Zahl von Rechtsregeln, die zum überwiegenden Theil noch im späteren Recht eine bedeutende Rolle spielten, zeigt sich zum ersten Mal das Bestreben, die den einzelnen Gesetzen und der Uebung zu Grunde liegenden allgemeinen Gedanken zu entwickeln und zur Entscheidung weiterer Fälle zu verwerthen. Die Kunst, diese Principien herauszuschälen, entwickelt sich nur ganz allmählich, die ersten Versuche sind vielfach unbehülflich, bald wird die Regel zu weit, bald zu eng gefasst. Ein bedeutsamer Fortschritt in der Entwicklung scheint gemacht worden zu sein durch das noch in den Digesten citirte Werk unbekannten Titels des Sohnes Cato. Hier tritt uns nach Ansicht des Verfassers die Regularjurisprudenz zum ersten Mal zur wissenschaftlichen Methode ausgebildet entgegen.

Bei Beurtheilung des vorliegenden Werkes ist in erster Linie die Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit der ganzen Arbeit hervorzuheben. Mit Energie und Erfolg war der Verfasser bemüht, möglichst das gesammte sowohl juristische als nichtjuristische Quellenmaterial zu sammeln und zu verwerthen.

In dem Aufbau selbst, der auf dieser Quellengrundlage errichtet wird, zeigt sich im grossen und ganzen eine wohlthuernde Objectivität, die um so mehr anzuerkennen ist, als die Gefahr, sich gerade bei Schilderung der ersten Anfänge von Recht und Rechtswissenschaft in Hypothesen zu verlieren, eine sehr grosse ist.

Wenn der Verfasser hin und wieder von der exacten Methode abweicht und über das streng Beweisbare oder wenigstens zu voller Wahrscheinlichkeit zu Erbringende hinausgeht, wie z. B. bei der Schilderung der Bedeutung des Coruncanius oder des Sohnes Cato für die Entwicklung der Rechtswissenschaft, so wollen wir ihm daraus keinen Vorwurf machen. Will man, wie es sich der Verfasser vorgenommen hat, möglichst anschauliche und lebendige Bilder entwerfen, so muss, und zwar hauptsächlich bei der Charakteristik und Beurtheilung von Persönlichkeiten, zur Ausfüllung gewisser Lücken, die Phantasie mit-helfen. Erklärlich und verzeihlich ist es, dass dabei auch manchmal zu etwas gewagteren Hypothesen gegriffen wird, wie z. B. bei Aufstellung der Behauptung, dass bei Errichtung des Pontificalcollegiums der Zweck zu Grunde gelegen habe, dem König einen sachverständigen Rath in sacralen und privatrechtlichen Dingen an die Seite zu stellen. — Volle Anerkennung verdient ferner das Bestreben des Verfassers, überall die Zusammenhänge zwischen der Entwicklung der Rechtswissenschaft und der Gestaltung der allgemeinen politischen und Culturverhältnisse aufzuweisen.

Für den besten Theil des Buches möchten wir die Abschnitte halten, in welchen die Wirksamkeit der Cautelarjurisprudenz nach der Zwölftafelgesetzgebung und während des Eindringens des Weltrechts behandelt (Z. XVIII) und die Entwicklung und Bedeutung der Regularjurisprudenz geschildert wird (Z. XXVI—XXX). Diese Ausführungen

sind neu und von erheblichem historischen und methodologischen Interesse. Die ganze hier vom Verfasser in Anwendung gebrachte Behandlungsweise lässt von der in Aussicht gestellten Fortsetzung dieser Untersuchungen, der Darstellung der systematischen Jurisprudenz, sowie der Einflüsse der griechischen Philosophie, das Beste erwarten.

Etwas zu breit hingegen erscheint uns der Abschnitt über die pontificale Jurisprudenz. Denn hier werden — abgesehen von einigen us. Es. zu sehr ins Detail vordringenden Hypothesen — im wesentlichen nur bekannte Dinge vorgetragen. Für einen entschiedenen Mangel des Buches möchten wir ferner die Darstellung der nicht zur Wissenschaftsgeschichte gehörigen, also vom Verfasser nicht ex professo zu handelnden Materien, die Schilderung der Entwicklung des Weltrechts und was damit zusammenhängt (Z. XII—XVII) erklären. Der Verfasser will zwar, wie er ausdrücklich hervorhebt (S. 114), in diesen Ausführungen keine „erschöpfende Erörterung geben“, aber offenbar sollen doch den „unsicheren Resultaten“ der bisherigen Forschung in den wesentlichen Punkten durch die eigenen Ausführungen selbstständig begründete Ergebnisse gegenübergestellt werden. Anders liesse sich die Ausführlichkeit der Darstellung — dieselbe nimmt beinahe ein Drittel des ganzen Buches in Anspruch — gar nicht erklären. Wird nun dieser Massstab angelegt, so scheint dem Ref. vor allem die bez. des Hauptpunktes, des Ursprungs des *ius gentium*, gegebene Begründung keineswegs zu genügen. Der Verfasser vertritt die Anschauung, dass das *ius gentium* ein ursprünglich lediglich für den Fremdenverkehr eingeführtes Recht sei, welches sich grösstentheils zusammensetze aus ausländischem, vor allem hellenischem Rechtsstoff, der jedoch durch den römischen Geist eine eigenthümliche Ausprägung erfahren habe; erst allmählich und zwar Stück für Stück seien die Institute des *ius gentium* in das *ius civile* übernommen worden. Die Begründung dieser letzteren Aufstellung besteht, so viel wir sehen können, nur in Ausführungen darüber, dass im allgemeinen ein Zustand wohl denkbar sei, bei dem den Parteien nur gewisse solenne Rechtsgeschäftsformen zur Verfügung gestellt sind, durch deren Beobachtung sie sich Rechtsschutz verschaffen, während, wenn sie von diesen Formen absehen wollen, die Wirksamkeit des Geschäfts vollkommen der Gewissenhaftigkeit des Gegners überlassen bleiben muss. Gewiss ist ein solcher Zustand an sich denkbar. Aber damit sind doch die Behauptungen des Verfassers nicht bewiesen, zu erklären wäre mindestens gewesen, wie ein Volk längere Zeit hindurch gewissen formlosen Geschäften Rechtswirkung zuerkennen konnte, wenn dieselben mit Fremden oder unter Fremden vorgenommen sind, während es bei den Bürgern den Rechtsschutz an eine bestimmte Form band. Was speciell die Eigenthumsübertragung betrifft, so taucht hier die weitere vom Verfasser nicht gewürdigte Schwierigkeit auf, dass für die Veräusserung von *res nec mancipi* im älteren Recht nach seiner Ansicht nur die überaus lästige Form der *in iure cessio* übrig bliebe. Denn von der Möglichkeit, dass die im übrigen wirkungslose Tradition dem Empfänger die *actio furti* gegen den sich unter Berufung auf sein

quiritisches Eigenthumsrecht wieder in Besitz setzenden Tradenten verschafft habe, möchten wir doch so lange, bis der von Jörs (S. 151, Note 1) versprochene Nachweis erbracht ist, absehen.

Nach dieser letztgenannten Stelle hat es den Anschein, als ob bei Besprechung des philosophischen Weltrechtbegriffes der späteren Zeit noch weitere Ausführungen über den Ursprung des *ius gentium* folgen sollten. Vielleicht werden durch dieselben die vorliegenden Erörterungen ergänzt. In diesem Falle würde nur ein Fehler in der Darstellung vorliegen, allerdings ein sehr erheblicher, sofern mit dem bisher Vorgebrachten vorläufig nichts anzufangen ist.

Ebenfalls für ungenügend begründet möchten wir die Ausführungen halten, nach welchen auch im Bürgerprocess schon vor dem *äbutischen* Gesetz der Prätor die Macht gehabt haben soll, den *iudex* an einen bestimmten *Condemnationsbefehl* zu binden, so dass die *lex Aebutia* selbst nur die an das fehlerhafte *lege agere* geknüpfte Gefahr des Processverlustes für die Mehrzahl der Fälle beseitigt und dadurch factisch das zur überflüssigen Form herabgesunkene Institut der *l. a.* verdrängt haben könnte. Insbesondere erscheint dem Referenten nicht gelungen die Polemik gegen die von Bekker und Sohm aufgestellte und auch von Wlassak adoptirte Hypothese, dass vor der *Aebutia* eine nur zur Reproduction der Processhandlungen dienende Schriftformel neben der solennen *litis contestatio* herging, bis jenes Gesetz erlaubte, von der letzteren ganz Abstand zu nehmen. Wenn der Verfasser wiederholt behauptet, der Prätor habe die betreffende Befehlsgewalt ohne weiteres kraft seines *imperium* gehabt, so dass sie ihm nicht erst durch die *lex Aebutia* habe verliehen werden können, so liegt hier eine Verkennung des Gegensatzes zwischen formeller Unbeschränktheit (bezw. blosser Beschränktheit durch *par* oder *maior potestas*) und materieller Gebundenheit an die Gesetze, wie wir ihn im römischen *imperium* finden, zu Grunde. Solange der Prätor nicht die Befugniss durch Gesetz überkommen hatte, durch derartige *Condemnationsbefehle* in den Gang der Rechtspflege einzugreifen, dürfte er bei einem solchen Vorgehen auch schwerlich die öffentliche Meinung, auf die Verfasser (S. 173) abstellt, für sich gehabt haben. Wie der Verfasser dazu kommt, für seine Ansicht eine Stelle aus Ciceros 2. verrinischer Rede anzuführen, während er doch die herrschende Annahme, dass die *lex Aebutia* vorciceronianisch sei, nicht bestreitet, ist mir nicht verständlich (S. 168, N. 2).

Ganz ohne Begründung wird endlich noch die unseres Wissens vollständig neue Behauptung aufgestellt, dass das *ius praetorium* oder *honorarium* der Römer ausschliesslich das von den Magistraten auf dem Gebiet des Landrechts ausgebildete neue Recht bezeichne, so dass auf dem Gebiet des Weltrechts der Gegensatz von *ius civile* und *honorarium* überhaupt nicht zur Sprache gekommen wäre.

Man hat bei den sämmtlichen hier beanstandeten Ausführungen den Eindruck, dass der Verfasser, der wegen des möglichen Zusammenhangs mit seinem eigentlichen Thema die betreffenden Materien einer Prüfung unterziehen musste, bei dieser Gelegenheit zu gewissen eigenen

Anschauungen gelangt ist, ohne dass er jedoch die Zeit gehabt hätte, diese Anschauungen vollständig auszubauen und wissenschaftlich zu begründen. Nach Auffassung des Recensenten ist mit der Veröffentlichung solcher Anschauungen, besonders wenn sie so allgemeine und viel behandelte Materien betreffen, der Wissenschaft sehr wenig gedient. Es wird nur die grosse Zahl der schon vorhandenen Ansichten um eine neue vermehrt, ohne dass sich weitere Resultate darauf gründen oder auch nur neue Forschungen daran anknüpfen liessen.

Was die formelle Darstellung betrifft, so ist dieselbe als eine sehr gelungene zu bezeichnen. Der wissenschaftliche Apparat ist in der Hauptsache in ein Notensystem zusammengefasst, so dass der Text eine angenehme und anregende Lectüre bildet.

M. Rümelin.

Ludwig Mai, Der Gegensatz und die Controversen der Sabinianer und Proculianer im Anschluss an die Berichte der gaianischen und justinianischen Institutionen. Freiburger Inaugural-Dissertation (Heidelberg 1887).

Die Schrift ist entstanden aus einer von der Heidelberger Juristenfacultät gekrönten Preisarbeit: „Zusammenstellung aller durch Gaius und durch die justinianischen Institutionen uns bekannten Controversen der Sabinianer und Proculianer“. Indessen auch der jetzige erweiterte Titel will dahin verstanden sein, dass „diese Specialabhandlung . . . nur die Nachrichten in den gaianischen und justinianischen Institutionen umfassen soll“ (S. 6), eine Grenze, die der Verfasser im allgemeinen, von wenigen Ausnahmen abgesehen, auch innehält. Aber mit diesem Material allein lässt sich eben nur eine (unvollständige) Zusammenstellung der einzelnen Controversen, nicht ein Urtheil über den Schulengegensatz im ganzen gewinnen.

Der Verfasser schliesst sich der Ansicht an, dass zwischen den Schulen ein „einheitlicher, principieller Gegensatz“ bestand (S. 16), und findet ihn darin, dass die Proculianer dem Princip der Zweckmässigkeit huldigen, was zugleich ein Eingehen auf die ratio eines jeden Rechtsinstituts bedinge, und woraus sich auch „die Aufrechterhaltung des wahren Willens resp. der Verfügungen der an einem Rechtsverhältniss Betheiligten, wenn eine solche ohne Verstoss gegen ein im Wege stehendes Gesetz möglich ist“, ergebe, dass dagegen die Sabinianer sich an die Regel des Gesetzes oder der Praxis anschliessen und in Ermangelung einer solchen Bestimmung zur Analogie (aber nach welchem Princip des Analogisirens?) ihre Zuflucht nehmen (S. 16 f.). Dies alles ist weder ein einheitlicher, noch sind es klare Gegensätze, und nicht klarer werden sie dadurch, dass es auch Fälle giebt, in denen eine von beiden „Secten“ „zu keiner specifischen Schulenansicht gelangte, son-

dern sich der allgemeinen und geltenden Entscheidung anschloss“ (S. 7). Das klingt doch sehr nach der schon von Puchta (Institutionen I, § 98 h.) mit Recht zurückgewiesenen Auffassung, als hätten beide Schulen, jede für sich, der „orthodoxen Jurisprudenz“ gegenüber gestanden. Im ganzen ist es der Gegensatz zwischen dem Conservativen und dem Fortschrittlichen, welchen der Verfasser im Auge zu haben scheint, nur sind es einmal wieder die Proculianer, welchen die letztere Richtung zugeschrieben wird, während die Sabinianer die „methodische Tendenz“ haben, „starr an den Regeln des altrömischen Rechts festzuhalten“ (S. 15).

An den einzelnen Streitfragen sucht der Verfasser in der Reihenfolge des Gaius diesen Gegensatz der Schulen zu rechtfertigen. Die Berichte über den Sach- und Streitstand sind nicht immer genau und vollständig. In der Pubertätsfrage fehlt (S. 19) die Ansicht der Sabinianer über die *spadones* (G. I, 196). Die proculianische Ansicht war nicht, dass Zug- und Lastthiere nur dann *res mancipii* seien, wenn sie „für das Hauswesen und für den Ackerbau verwendbar sind, was aber nur beim zahmen Zustande eintritt“ (S. 22); denn sie hielten die dressurunfähigen für *res mancipii* von dem Alter an, in welchem Thiere ihrer Art dressirt zu werden pflegten (Gai. II, 15). In der Entscheidung Justinians über die Specification durfte der Fall der Verwendung eigenen und fremden Stoffes (§ 25 I. 2, 1) nicht mit Stillschweigen übergangen werden (S. 28). Bei dem Streit über den rechtlichen Zustand der *per vindicationem* unbedingt vermachten Sache vor der Annahmeerklärung (Gai. II, 195) ist der sehr wichtige Nachtrag (Gai. II, 200), dass die Proculianer die Sache interim für *res nullius* erklärten, ebenso wie das Zeugniß des Gaius über die den Proculianern folgende Praxis seiner Zeit und das Rescript des Pius, auf welches sie sich gründet, ignorirt (S. 30). Den Streit über die Gültigkeit oder Ungültigkeit letztwilliger Verfügungen unter unmöglichen Bedingungen behandelt der Verfasser, anscheinend, ohne auch nur zu wissen, dass das Gegentheil gelehrt wird, so, als beziehe er sich nur auf den Fall, da der Testator die Unmöglichkeit kennt; denn er meint, eigentlich erlaube sich ja der Testator mit solchen Verfügungen nur einen Scherz, wesshalb die Proculianer sie mit Recht für nichtig erklärten (S. 37 f.).

In den Ausführungen über die Gründe der einzelnen Controversen ernten die Proculianer beständig das Lob der Zweckmässigkeit ihrer Entscheidungen, z. B. ebensowohl dafür, dass sie das Testament durch den Wegfall des übergangenen *suus convalesciren* lassen (S. 29), wie dafür, dass sie auch das bedingte Vermächtniss an den Gewaltunterworfenen des Erben schlechtweg verwerfen, also auch nicht *convalesciren* lassen, wenn das Gewaltverhältniss bei Erfüllung der Bedingung nicht mehr besteht (S. 35). Die Sabinianer dagegen „verkennen“ das Wesen der Stipulation (S. 39), lassen sich durch schwache Gründe „bestechen“ (S. 33) und bekommen auch sonst meistens Unrecht.

In der berühmten Frage von der Wirkung der Befriedigung des Klägers nach der *Litiscontestatio* sind „die tieferen Entscheidungs-

gründe der Schulen“ auf Seiten der Sabinianer „Analogie“ von den unbestritten absolutistischen iudicia auf die actiones stricti iuris, auf Seiten der Proculianer „Rücksicht auf die Zweckmässigkeit, auf die Opportunität. Sie statuirten nämlich ihre Ansicht geradezu als eine Art von Abschreckungstheorie, um zu verhindern, dass die in verschiedenen Processen angedrohten Processstrafen vermieden würden“ (S. 55). In Wahrheit aber kann in diesem Falle kein ernstlicher Zweifel daran aufkommen, dass die Proculianer aus formalistischen Gründen einen Fortschritt nicht mitmachten, den die Sabinianer im wohlverstandenen Interesse der Praxis verlangten.

Ein Verdienst um die Aufklärung der behandelten Materie kann daher der Arbeit nicht zuerkannt werden. Sorgfalt lässt sie auch in Kleinigkeiten vermissen. Warum z. B. und nach welcher alten Vorlage S. 38³ Gai. 3, 103 so abgedruckt wird, als sei die proculianische Ansicht in der Handschrift nicht zu lesen und müsse aus fr. 110 pr. de verb. obl. 45, 1 ergänzt werden, ist ebensowenig zu begreifen, wie, warum der Verfasser sich selbst durchweg mit falschen Seitenzahlen, anscheinend denen seines Manuscripts, anführt.

Halle.

Th. Kipp.

August Bechmann, Studie im Gebiete der legis actio sacramenti in rem. Festschrift der Münchener Juristenfacultät für Windscheid. München, Christian Kaiser, 1889. 48 Seiten.

Unter dem obigen schlichten Titel giebt Verfasser eine gedrängte, aber vollständige, zum grössten Theil ganz neue und von der herrschenden Lehre jedenfalls durchaus abweichende Darstellung des dinglichen Legisactionsprocesses, nicht ohne gelegentlich noch mancherlei Ausblicke auf benachbarte Gebiete zu eröffnen. Auf die Beifügung eines kritischen Beiwerkes hat Verfasser, wie er im Vorwort bemerkt, absichtlich ganz verzichtet, und in der That rechtfertigt sich dieser Verzicht durch die erwähnte Eigenart seiner Abhandlung, deren wesentlichen Inhalt ich sogleich unter I folgen lasse.

I.

Verfasser entwickelt das alte Vindicationsverfahren in folgender Weise. Die legis actio sacr. in rem ist vermöge ihres dinglichen Charakters ein von Anfang an nur gegen die Sache selbst, nicht gegen einen bestimmten Processgegner gerichtetes Verfahren. Dementsprechend beginnt es nicht mit einer in ius vocatio des gegenwärtigen Besitzers oder überhaupt eines Beklagten, welcher die Pflicht gehabt hätte, die zu vindicirende Sache in das ius mitzunehmen, sondern setzt sich der

Vindicant selbst aussergerichtlich in ihren Besitz. Zu diesem Zwecke ist ihm alles erlaubt, nöthigenfalls auch Gewalt; denn in einer Zeit, welche die possessorischen Interdicte noch nicht kannte, der Besitz also schutzlos war, musste auch Gewalt gegen den Besitz statthaft sein. Unter die eigenmächtige Wegnahme fällt auch die alte Haussuchung des *per lancem liciumque furtum quaerere*, während die *condictio furtiva* in anderer Weise mit dem Vindicationsverfahren in Zusammenhang steht. Die gewaltsame Wegnahme der Sache berechtigt nun aber den Vindicanten nicht, sie zu behalten; thut er dies, so ist er ein *fur*; vielmehr muss er sie vor den Prätor bringen und hier öffentlich und jedermann gegenüber als sein Eigenthum behaupten: *hanc ego rem meam esse ex iure Quir. aio*; dadurch wird das einseitige gerichtliche Vindicationsverfahren zu einem Aufgebotsverfahren, d. h. der Vindicant wartet ab, ob ein Contravindicant auftreten wird. Meldet sich kein solcher, so bleibt das Vindicationsverfahren bis zum Schluss ein einseitiges; der Vindicant braucht nur die Mittagsstunde abzuwarten, und dann addicirt ihm der Prätor auf seinen Antrag die Sache. Will nun aber jemand contravindiciren, so nähert dieser sich der Sache mit der *festuca*, ohne sie aber jetzt schon mit ihr zu berühren; vielmehr legt jetzt erst der Vindicant die *festuca* auf die Sache und wendet sich dabei mit den Worten: *sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui* an den Gegner. Dieser Act ist die *vindicatio* im eigentlichen Sinne, und er dient dazu, das bisher einseitige Verfahren in das contradictorische hinüberzuleiten, und letzteres nimmt nun für den Vindicanten den Charakter des Rechtfertigungsverfahrens gegenüber seiner aussergerichtlichen eigenmächtigen Wegnahme der Sache an. Hierauf contravindicirt der Gegner, und zwar ebenfalls nur durch Vornahme des *Impositionisactes*; die besondere Rechtsbehauptung, wie sie der Vindicant zu Anfang des gerichtlichen Verfahrens ausspricht, fällt für den Contravindicanten zunächst fort, wird aber in der Antwort auf die *postulatio*, welche hierin ihre Erklärung findet, in den Worten: *ius feci* nachgeholt. Nach dem *Postulationsacte* erfolgt die beiderseitige *prov. sacr.*, d. h. zur Wette, und zwar zur Wette nur über die Rechtsbehauptung des Contravindicanten. Sonach ist die vom *iudicium* zu entscheidende Frage nur die, ob der Contravindicant *ius fecit* oder nicht, wobei eine *pronuntiatio: sacr. nullius iustum esse videtur* ganz ausgeschlossen ist, und ist auch dieser allein beweispflichtig. Wird sein *sacr.* für *iniustum* erklärt, so bleibt die Rechtsbehauptung des Vindicanten in Kraft, und dieser kann daher die prätorische *addictio* beantragen. Trägt der Contravindicant den Sieg davon, so reiht sich in Gemässheit des Zwölftafelgesetzes: *si vindiciam falsam tulit* noch ein Nachverfahren gegen den Vindicanten an, in welchem es sich neben einer *poena temere litigantium* um den Ersatz desjenigen Schadens handelt, den der Contravindicant durch die ungerechtfertigte Wegnahme der Sache seitens des Vindicanten — das ist eben das *vindicium falsum ferre* — erlitten hat; diesen Schaden bemisst das Gesetz allgemein nach dem Betrag der Früchte seit der eigenmächtigen Besitzergreifung.

Einige Besonderheiten greifen bei der *vindicatio hominis* und bei der *vindicatio* von Grundstücken Platz. Für erstere und nur für sie gilt die Formel des Gaius: *hunc ego hominem meum esse ex iure Quir. aio* mit dem Zusatz: *secundum suam causam*. Diese Worte sind nicht Formelbestandtheil, sondern nur von instructioneller Bedeutung; sie sind mit dem *adiecta causa vindicare* der L. 1, § 2 D. 6, 1 gleichbedeutend und weisen darauf hin, dass der *homo* nach verschiedenen Beziehungen, als Sklave, Haussohn u. s. w., vindicirt werden kann. — Die *vindicatio fundi* beginnt, wie die von Mobilien, mit der aussergerichtlichen Besitzergreifung des *fundus*; dieselbe ist nur durch Verdrängung des Besitzers möglich, da sonst blosses Einschleichen vorliegt, und zu diesem Zwecke findet das *ex iure manum consortum vocare* statt, d. i. eine Aufforderung an den Besitzer zum Kampfe um den Besitz des *fundus* ausserhalb des *ius* (*ex iure* = *extra ius*). Gelingt dem Vindicanten die Besitzverdrängung nicht, so „wird alsdann der siegreich gebliebene Gegner die Pflicht gehabt haben, seinen Sieg durch gerichtliches Verfahren zu rechtfertigen; thut er das nicht, so ist er einem erneuten Angriff des Gegners ausgesetzt“. Gelingt sie ihm aber, so muss auch hier der Vindicant vor Gericht gehen, widrigenfalls in gleicher Weise ein *furtum*, wie es das ältere Recht an Immobilien kannte, vorliegt. In *iure* wiederholt sich dasselbe Verfahren wie bei der *vindicatio* von Mobilien; nur erleidet hier der Impositions-, d. h. der eigentliche Vindicationsact, noch eine kleine Aenderung. Vollzogen wird nämlich derselbe nicht am *fundus* selbst, sondern an einer *gleba*, gleichviel wie dieselbe in das *ius* gebracht wurde, und diese „Mobilisirung“ des Grundstückes zu vermitteln, dazu diente ein nochmaliges *ex iure manum consortum vocare*, das dementsprechend nur von symbolischer Bedeutung war. Die Reise des Prätors mit den Parteien nach dem Grundstücke, von der Gellius XX, 10 berichtet, fällt demnach weg; sie ist ein Missverständniss des Gellius.

II.

Sei es mir nunmehr gestattet, zu den hauptsächlichsten der vielen neuen, sich zu einem harmonischen Gesamtbild vereinigenden Aufstellungen des Verfassers kurz Stellung zu nehmen! Ich möchte ihm zunächst darin zustimmen, dass er eine in *ius vocatio* beim alten Vindicationsverfahren leugnet. Er beruft sich dafür mit Recht allgemein auf die dingliche Natur der *legis actio in rem* (§ 11), insbesondere auf die *vindicatio in servitutum* (§ 2), bei welcher jeder Bürger als Processgegner auftreten kann, was zwar nicht ausschliesst, aber doch recht unwahrscheinlich macht, dass ein bestimmter Beklagter geladen wird, sowie auf die Verwandtschaft mit der *legis actio per man. ini.* in dieser Beziehung (§ 3); dagegen dürfte ein gleicher Schluss aus der *vindicatio in libertatem* wegen der durch ihn bedingten *contravindicatio: servum esse* schlechthin anstatt: *servum meum esse* (§ 4) gewagt sein. Für die *vindicatio rei* sodann beweist Verfasser m. E. zutreffend das Nichtvorkommen der in *ius vocatio* namentlich dadurch, dass der etwa be-

klagte Besitzer die zu vindicirende Sache zur Gerichtsstelle zu bringen oder sie dem Kläger zum Zwecke der Vindication zu überlassen, nicht verpflichtet ist (§ 5). In der That schweigen die Quellen über diesen Punkt ganz, und die herrschende Lehre, die eine solche Pflicht annimmt, ist daher nicht quellenmässig. So bleibt nur die Wahl zwischen beiden Möglichkeiten aus inneren Gründen zu entscheiden. Zieht man das Obige in Betracht und beachtet man den auch vom Verfasser betonten Zusammenhang der alten Haussuchung mit der vindicatio, so neigt sich die Wage zu Gunsten der Ansicht des Verfassers. Fraglich bleibt es aber dabei noch, wie sich zu ihr die in ius vocatio der XII Tafeln verhält. Verfasser nimmt zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung, doch dürfen wir aus seiner Bemerkung auf S. 27 schliessen, dass er es für mehr als unsicher hält, ob tab. I überhaupt auf die legis actio in rem zu beziehen sei. Gewissheit darüber wird allerdings schwer zu erlangen sein, da uns auch hier die Quellen im Stiche lassen; immerhin darf erwähnt werden, dass im Freiheitsprocess der Verginia niemand geladen wird, ohne dass eine Quelle darin eine Widerrechtlichkeit sieht. — Lehnt man nun für das alte Vindicationsverfahren vor den XII Tafeln oder noch zur Zeit derselben die in ius vocatio ab, so muss es allerdings Sache des Vindicanten gewesen sein, sich die Sache selbst zu verschaffen. Aber die Ansicht des Verfassers, dass ihm nun zu diesem Zwecke alles, insbesondere Gewalt erlaubt wäre, scheint mir bedenklich zu sein: lässt sich eine Rechtsordnung denken, welche die Beschreitung des Rechtsweges erst von vorgängiger Gewalt, von offenem Raub oder heimlichem Diebstahl abhängig macht, und welche insoweit die Begehung von Delicten geradezu vorschreibt? Eigenmacht und Rechtsweg sind zwei sich ausschliessende Gegensätze: die Rechtsordnung will gerade Gewalt und Eigenmacht durch Verheissung der staatlichen Hülfe verhüten. Nach dem Verfasser müsste ferner auch Gegengewalt erlaubt sein; dann aber würde die staatliche Hülfe dem Schwachen schlechterdings versagt und jedenfalls die Möglichkeit der Vindication ganz dem Zufall anheimgegeben sein. Diesen letzteren Einwand hat sich Verfasser auch selbst gemacht, aber er hat ihn m. E. nicht ausreichend entkräftet, wenn er als Abhülfe gegen jenen Zufall die alte Haussuchung als einen ebenfalls eigenmächtigen Act hinstellt; denn wäre sie wirklich nur blosser Gewaltact, so wäre auch sie auf Zufall abgestellt und enthielte sie überdies einen schweren Eingriff in den Hausfrieden. Es ist sodann kaum anzunehmen, dass die gewaltsame Wegnahme der Sache, sofern sie einmal erlaubt wäre, noch hinterher gerichtlich gerechtfertigt werden müsste; denn dass Nehmen und Behalten in unserem Falle zweierlei sei, darin kann ich Verfasser nicht beistimmen; und seine Aufstellung, dass der Rechtsverfolgende ein fur ist, wenn er die Gewalt nicht durch gerichtliche Vindication rechtfertigt, scheitert gewiss an dem Mangel des animus furandi für Nehmen wie Behalten der Sache. Seine ganze Construction aber beruht auf einem Schluss aus den possessorischen Interdicten. Diese schützen zweifellos den Besitz schlechthin als Thatsache, abgesehen von jedem

Rechte auf ihn; dass nun aber vor ihrer Einführung auch der Besitz des Berechtigten als Berechtigten schutzlos gewesen sei, dieser Schluss des Verfassers scheint mir weder zwingend noch sonst glaubhaft zu sein; vielmehr dient gerade die *vindicatio* dazu, dem Berechtigten den ihm entzogenen Besitz zu restituiren: sie ist *recuperatorisch*. Kann ich hiernach der Ansicht des Verfassers nicht beitreten, so bleibt nichts anderes übrig, als dass auch zur aussergerichtlichen Besitzergreifung ein gesetzliches Handeln, ein *lege agere* nöthig war. Dies ist nach meiner Meinung die von Voigt, XII Tafeln I, § 61, N. 10. 11 erwähnte aussergerichtliche *man. ini.* auf die Sache, in der ich eine aussergerichtliche *vindicatio* erblicke. Wollte der Vorbesitzer den also Vindicirenden zur Processführung zwingen, so musste er in ähnlicher Weisse aussergerichtlich *lege agiren*. Wie dem aber auch sei, jedenfalls halte ich die eigenmächtige Selbsthülfe, als mit der Rechtsordnung unverträglich, im *Legisactionssystem* für ausgeschlossen; wohl aber ist alles Handeln der Parteien, auch das *per lancem liciumque furtum quaerere*, zwar ein *lege agere*, aber ein Selbsthandeln, d. h. das ganze *Legisactionsrecht* steht unter dem Grundsatz des Parteibetriebes.

Gehen wir zur *prov. sacr.* über, so sieht Verfasser (§ 13) darin eine gegenseitige Aufforderung zur Wette über die Rechtmässigkeit bez. Unrechtmässigkeit der Rechtsbehauptung nur des *Contravindicanten*. Er hat dafür auch nur einen mittelbaren Beweis in einem Schlusse aus den vier *Sponsionswetten* im Verfahren aus den *prohibitorischen Interdicten*. Nach dem Verfasser begründen erst jene vier *Sponsionswetten* die *Duplicität* des *Interdictenverfahrens*, derzufolge jeder Partei zugleich die Rolle eines Klägers und eines Beklagten zufällt; weil nun im *Sacramentsverfahren* nicht vier, sondern nur zwei *Sacramentswetten* eingegangen würden, so könne auch nur über eine Rechtsbehauptung gewettet worden sein, und dies könne nur die des *Contravindicanten* (nach Gaius) gewesen sein. Setzen wir nun auch mit dem Verfasser voraus, dass das *sacr.* eine Wette war, und dass das Verfahren aus dem *interdictum uti possidetis* in einem inneren Zusammenhange mit dem *Sacramentsverfahren* steht, so ist doch einmal gegen ihn einzuwenden, dass vier *Sacramentswetten*, auch wenn die Parteien sie gewollt hätten, gar nicht möglich waren, weil die Höhe der *Sacramentssummen* gesetzlich festgestellt war, derart, dass weder unter sie herunter-, noch über sie hinausgegangen werden konnte; letzteres beweist u. a. der niedere *Sacramentssatz* für *Freiheitsprocesse*. Schon aus diesem Grunde kann aus der Vierzahl der *Sponsionswetten* kein zwingender Schluss auf den Inhalt der zwei *Sacramentswetten* gezogen werden. Sodann aber kommt es auf den Inhalt, nicht bloss auf die äussere Thatsache der vier *Sponsionswetten* an. Fest steht, dass je zwei derselben sich glichen: *si adversus edictum praetoris vim fecisti*, und: *ni a. e. p. vim feci*. Es fragt sich aber, in welcher Reihenfolge die Parteien diese *Sponsionen* forderten. Nach dem Verfasser müsste, wenn erst alle vier *Sponsionen* zusammen die *Duplicität* des Verfahrens begründeten, zuerst der Kläger stipuliren: *si vim fecisti*, darauf der Beklagte: *ni vim feci*, dann der

Kläger wieder: *ni vim feci*, und schliesslich der Beklagte: *si vim fecisti*; m. a. W., die ersten beiden Sponsionen bezögen sich nur auf die Behauptung des Beklagten, die zweiten beiden nur auf die des Klägers. Nun ist aber nach Gaius IV, 166 das Gegentheil das Wahrscheinliche, dass nämlich beide Theile zuerst stipuliren: *si vim fecisti*, und darauf: *ni vim feci*. Ist dies richtig, dann ist schon mit den ersten beiden Sponsionen die Duplicität des Verfahrens gewahrt, und die beiden Restipulationen haben denselben Inhalt, nur mit anderen Worten, so dass sie nichts Neues bringen, woraus sich erst die Duplicität erklärte. Dann aber können auch die beiden Sacramentswetten die Behauptungen beider Parteien umfassen, ja sie müssen es sogar unter der Voraussetzung, dass das genannte Interdictenverfahren für das Sacramentsverfahren überhaupt schlüssig ist. Die von mir angenommene Reihenfolge der Sponsionen wird aber noch dadurch beglaubigt, dass die vier Sponsionen dem Interdictenverfahren gar nicht immanent waren (vgl. Ad. Schmidt, Interdictenverfahren S. 286). Weil jede Sponsion nur im eigenen Interesse, andererseits aber auch (ausser der vierten) mit der Gefahr der zu erwartenden Gegensponsion geschah, so konnte auch jeder Theil nach der ersten Sponsion des Klägers auf eine weitere verzichten oder konnten nur die ersten beiden Sponsionen, wie sie Verfasser angiebt, abgeschlossen werden. Darnach hängt es nur vom Kläger ab, ob die zweiten Wetten eingegangen wurden; dies erfordert aber, dass im Interesse des Beklagten, der auch im Besitz geschützt sein will, schon mit seiner ersten Sponsion die Duplicität des Verfahrens gegeben sein muss. Die zweiten Sponsionen kommen also für uns hier gar nicht weiter in Betracht; sie dürften eingeführt sein, um die Beschränkung der Sponsionssummen auf das *quantum ea res est* (Lenel ed. perp. S. 379) zu umgehen. — Somit dürfte dem Verfasser der einzige Beweis für seine Ansicht über den Inhalt der *prov. sacr.* entzogen sein, die, von allem anderen abgesehen, namentlich auch die Folge gegen sich hat, dass der Contravindicant allein beweispflichtig wäre. Ein Punkt aber in seiner Aufstellung scheint mir durchaus billigenswerth: „Ist das Sacramentum des Contravindicanten iniustum, so bleibt damit von selbst die Rechtsbehauptung des Gegners in Kraft und es kann dieser nunmehr prätorische Addition verlangen“; dasselbe muss aber auch im umgekehrten Falle für den Contravindicanten gelten.

Die Erklärung sodann, die Verfasser von dem Zwölftafelgesetz: *si vindiciam falsam tulit* giebt (§ 14), scheint mir desswegen nicht zutreffend zu sein, weil *vindicia* nicht das Streitobject schlechthin, sondern nur mit Bezug auf die Vindicienertheilung, also das Object des interimistischen Vindicienbesitzes bedeutet. Auch ist mir die vom Verfasser angenommene gesetzliche Schadenersatzpflicht an sich nicht wahrscheinlich; mit alleiniger Ausnahme der *lis in sacrum delicata* wird jeder Ersatzanspruch durch das Institut der *praedes* vermittelt, und zudem kennen wir als Ersatz eines die Sache nicht selbst treffenden Schadens nur den Ersatz der Früchte der Zwischenzeit. Auch dass das Gesetz selbst die Höhe des Schadens festsetzen soll, gleichviel wie hoch

er sich in Wahrheit beläuft, und den Schadenersatz auch da zubilligen soll, wo gar kein Schaden vorhanden ist, mehrt die Bedenken.

Endlich seien mir noch einige Bemerkungen zu des Verfassers Darstellung der Vindication von Grundstücken (§ 15) gestattet. In dem hier vorkommenden *manus conserere* sieht er ernstliche aussergerichtliche Gewalt, welche der gewaltsamen Wegnahme der Sache bei der vindicatio von Mobilien entspräche. Allein wie dort, so ist mir auch hier die übrigens auch sonst noch von Neueren getheilte Annahme von Gewalthandlungen nicht zusagend. *Manus conserere* bedeutet m. E. die vindicatio und contravindicatio zusammen, wie mit *manum adserere* ursprünglich die contravindicatio bezeichnet ward. Das *manus conserere* kommt daher bei jeder vindicatio vor; der vindicatio fundi eigenthümlich ist nur das *ex iure manus consertum vocare*. Dies ist kein aussergerichtlicher Act, wie Verfasser meint; denn *ex iure* kann nicht = *extra ius* sein; sondern ein gerichtlicher, den ich in folgender Weise deute. Die Rechtsbehauptung beider Parteien in iure: *fundus qui est in agro qui Sabinus vocatur, eum ex iure Quir. meum esse aio* ist keine vindicatio ex iure, nach dem Rechte, weil die gesetzliche vindicatio nach Gaius das Handauflegen auf die gegenwärtige Sache erfordert. *Ex iure manus consertum* (diese Worte gehören zusammen) *vocare* heisst also wörtlich übersetzt: zur rechtmässigen Vindication und Contravindication (sc. am fundus selbst) auffordern. Um dieser Aufforderung nachzukommen, mussten sich die Parteien mit dem Prätor, was Verfasser allerdings bestreitet, nach dem fundus begeben. Dies war wenigstens das ursprüngliche Verfahren; wir wissen aus Gellius XX, 10 und Cic. pro Murena c. 12, dass dasselbe später mehrfach verändert und vereinfacht wurde.

Leipzig, im Februar 1889.

Hugo Krüger.

Hermann Schott, Das *ius prohibendi* und die *formula prohibitoria*. Leipzig 1888. 74 S.

Die vorliegende Arbeit ist ein neuer Versuch, für die vielumstrittene *formula prohibitoria* einen Platz im römischen Aktionensystem zu finden. Schott verweist im Anschluss an Lenel, Zeitschr. d. Sav.-Stift. II, S. 79 die *form. proh.* in das Gebiet der *operis novi nuntiatio*. Die Formel soll zur Geltendmachung des *ius prohibendi* gedient haben, welches der Prätor zur Bedingung des Remissionsbefehls machte. Im ersten Theil der Schrift werden Voraussetzungen und Natur des *ius proh.* erörtert, im zweiten Theil wird der Beweis geführt, dass die *form. proh.* eben diesem *ius proh.* entsprach.

Jedes dingliche Recht hat eine negative gegen Dritte gerichtete Seite: der Berechtigte darf Dritten jede oder doch gewisse Einwirkungen auf die Sache verbieten. In dieser allgemeinen Bedeutung ist jedoch der Ausdruck *ius proh.* nicht quellenmässig, er ist vielmehr fast ausnahmslos auf Fälle beschränkt, in denen es sich um die dauernde Veränderung eines Grundstücks handelt. Aber auch in dieser Beschränkung ist *ius proh.* noch kein technischer Ausdruck. Er wird vermieden beim *interd. quod vi aut clam*, welches doch auf der sog. *prohibitio* beruht — die *prohibitio* ist kein „*ius*“, weil sie prätorischen Ursprungs ist (S. 47) — dagegen vorzugsweise gebraucht zur Bezeichnung des Rechts, Neubauten hindernd in den Weg zu treten. Zu diesem Zwecke diente aber dem dinglich Berechtigten die *o. n. n.* (*iuris nostri conservandi causa*). So erscheint das technische *ius proh.* „als die negative Seite des dinglichen Rechts, insoweit dieselbe durch *o. n. n.* geltend gemacht werden kann“ (S. 13). Der Kreis der Personen, denen die *o. n. n.* zu Gehot steht, ist von der römischen Jurisprudenz in positiver und nicht leicht erklärbarer Weise abgegrenzt worden. Die hier einschlagenden Fragen werden von Schott S. 14—37 eingehend besprochen. Zunächst ist berechtigt der Eigenthümer, auf dessen Grundstück ein Neubau vorgenommen wird. Auch der Eigenthümer von Provinzialland? In fr. 3 pr. D. 39, 1 ist diese Frage ausdrücklich bejaht. Schott hält es für sehr wahrscheinlich, dass Ulpian das Gegentheil geschrieben und dem Eigenthümer von Provinzialland wie dem Niessbraucher, mit dem er häufig auf eine Linie gestellt wird, die *o. n. n.* versagt hat. Für diese Frage kommen die ersten Zeilen der l. Rubria in Betracht, von der es bekanntlich streitig ist, ob sie vor oder nach Zurechnung des cisalpinischen Galliens zum italischen Boden erlassen ist. Unter Miteigenthümern ist die *o. n. n.* wie die *a. negat.* ausgeschlossen, weil die Mithberechtigung eine gegenseitige durch die *a. comm. div.* geregelte Rücksichtnahme verlangt. — Welche Servituten berechtigen den Eigenthümer zur *o. n. n.*? Ausdrücklich anerkannt ist die *o. n. n.* bei der *serv. ne lumin. offic.*, *altius non toll.* und *oneris fer.*; ausdrücklich ausgeschlossen bei der *serv. viae*. Welches ist das Unterscheidungsmerkmal? Schott (S. 31) kommt zu dem Resultat, dass das *ius proh.* nur bei den Servituten vorkommt, „welche ein *non facere* des Verpflichteten zum unmittelbaren Inhalt haben“. Zur Unterbringung der *serv. oneris fer.* unter diese Kategorie muss in dem *sustinere onus* ein *non facere* gefunden werden. — Des weiteren wird die *o. n. n.* der anderen dringlich Berechtigten, ausser dem Eigenthümer, erörtert, namentlich die des Niessbrauchers.

Das *ius proh.*, welches durch *o. n. n.* geltend gemacht wird und dessen Vorhandensein die Voraussetzung der Giltigkeit der Nuntiation ist, ist ein absolutes und materielles Recht, d. h. es ist auf Herbeiführung eines endgiltigen Erfolges gerichtet. Es ist scharf zu unterscheiden von dem relativen und formalen Verbotungsrecht, welches aus jeder formgiltigen *o. n. n.*, ohne Rücksicht auf ein dem Nuntianten zustehendes materielles *ius proh.*, entsteht und durch das

interd. demolitorium geschützt wird. Dass die Römer auch dieses formale Recht aus der o. n. n. mit dem Ausdruck *ius proh.* bezeichnet haben, wie z. B. in fr. 8 § 6 D. 39, 1, ist ein Beleg für ihre laxen Terminologie. Dem formalen *ius proh.* entspricht das formale *ius aedificandi*, welches der Nuntiat durch Remission oder *cautio ex o. n. n.* erwirbt und mit einem besonderen prohibitorischen Interdict geltend macht.

Die o. n. n. bewirkte nur eine provisorische Einstellung des Neubaus oder Cautionsleistung seitens des Nuntiaten. Zur definitiven Verhinderung des Baues bedurfte es einer Entscheidung über das materielle *ius proh.* Das Verfahren gestaltete sich verschieden, je nachdem der Nuntiat Remission verlangt oder aussergerichtlich Caution gestellt hatte. Dort kam es zum Interdictprocess, hier zu einer *actio*. Wie erklärt sich das Nebeneinanderbestehen von *remissio* und *cautio*? Schott (S. 49) nimmt an, die Remission sei vom Prätor zu Gunsten des Nuntiaten eingeführt, der eine Entscheidung über das *ius proh.* herbeizuführen wünschte. Der Process über das *ius proh.* sei mit dem Remissionsdecret unmittelbar eröffnet, während es bei der dem Civilrecht angehörenden Caution im Belieben des Nuntianten lag, wann er den Process über das Verbotungsrecht beginnen wollte. Dieser Unterschied zwischen den beiden Verfahrensarten scheint uns nicht begründet zu sein. Die Remission ist ein prohibitorisches Interdict zu Gunsten des Nuntianten (Burckhard, Die O. N. N. S. 297 f., Lenel, Ed. perp. S. 388). Er ist Kläger und nur er kann zur *sponsio* und *restipulatio* provociren. Will der Nuntiat, statt von seinem formalen Aedificationsrecht aus der Remission einen immerhin riskirten Gebrauch zu machen, erst eine Entscheidung über das vom Nuntianten behauptete materielle *ius proh.* erhalten, so ist er auf die petitorischen Klagen (je nachdem a. confess. oder negat.) angewiesen. Dies scheint uns in fr. 19 D. 39, 1 ausgesprochen zu sein. Wir möchten umgekehrt die aussergerichtliche Caution für eine später gestattete Erleichterung gegenüber dem gerichtlichen Akt der Remission halten. Es scheint uns dies namentlich aus fr. 5 § 17 D. 39, 1 hervorzugehen: *si is, cui nuntiatum erit, ex o. n. n. satisfecerit — perinde est, ac si o. n. n. omissa esset. habet autem hoc remedium utilitatem: nam remittit vexationem ad praetorem veniendi et desiderandi, ut missa fieret nuntiatio.*

In diesen die o. n. n. ergänzenden Process über das materielle *ius proh.* will Schott die von den Byzantinern angedeutete formula prohibitoria verlegen: der Prätor proponirte im Anschluss an die Bestimmungen über die Nuntiation ein einheitliches Sponsionsformular über das Vorhandensein des *ius proh.* ohne Rücksicht auf den speciellen Rechtsgrund, Eigenthum oder Servitut, auf welchem das Verbotungsrecht im einzelnen Falle beruhte. An Stelle dieses Sponsionsformulars sei später eine entsprechende formula petitoria getreten und diese sei dann auch im selbständigen Servitutenprocess verwendet worden, wo es sich um ein *ius proh.* im technischen Sinne handelte. Daraus erklären sich (S. 73) die Spuren der formula prohibitoria ausserhalb des

Gebietes der o. n. n. in fr. 11 D. 8, 5 und fr. 5 D. 7, 6 und ihre missbräuchliche Anwendung auf den Niessbrauch bei Stephanus. In seiner Beweisführung (S. 57 f.) geht Schott davon aus, dass die Existenz einer form. proh. jedenfalls anzunehmen sei. Denn die Byzantiner hätten einen lateinischen terminus technicus wohl missverstehen, nicht aber erfinden können. Bei den Servitutenklagen findet sich aber keine Spur von der form. proh., nicht einmal bei der serv. altius toll. s. non toll., bei der doch diese Formel einem logischen Bedürfniss — Unterscheidung der a. confess. aus der serv. altius non toll. von der a. negat. gegen eine serv. altius toll. — entsprochen hätte. Auch die prohibitorische Fassung der negatorischen Klage im Sponsionsprocess, welche Lenel, Ed. perp. S. 150 vermuthet, verwirft Schott (S. 61) auf Grund der durchgehenden Gleichheit der Intention der rei vind. im Sponsions- und im Formularprocess. So bleibt für die form. proh. kein anderer Ausgangspunkt übrig, als das Verfahren, welches sich an die o. n. n. anschliesst. Schott scheint anzunehmen, dass dieselbe Sponsionsformel si ius mihi est te prohibere ne me invito opus novum facias sowohl nach Remission wie nach aussergerichtlicher Caution zur Anwendung gekommen ist. Müsste nicht die Sponsion aus dem prohibitorischen Remissionsinterdict auf ein Zuwiderhandeln des Nuntiaten abgestellt sein?

Heidelberg, im August 1889.

A. v. Tuhr.



V.

Die Zeitfolge der Gesetze Constantins.

Von

Herrn Professor **Otto Seeck**

in Greifswald.

Zweite Abtheilung.

Nachdem wir im ersten Theil den Quellen des Codex Theodosianus nachgeforscht und die Grundsätze festgestellt haben, welche für die Behandlung seiner Datirungen massgebend sein müssen, wenden wir uns nun zu dem besonderen Gegenstande unserer Untersuchung, den Gesetzen Constantins.

Am 25. Juli 306 wurde Constantin zum Cäsar, nicht sehr lange darauf zum Augustus erhoben. Doch während nach der Besiegung des Maxentius (28. October 312) sich die Gesetze Monat für Monat mit erstaunlicher Geschwindigkeit folgen, ist aus den ersten sechs Jahren seiner Regierung kein einziges bekannt. Auf Zufall kann dies kaum beruhen; wir müssen also suchen, ob sich dafür nicht ein Rechtsgrund finden lässt.

Mommsen¹⁾ hat die Frage, ob den Cäsares Diocletians die Befugniss zu rescribiren zustand, verneinen zu müssen geglaubt, wie mir scheint, mit Unrecht. Ein Rescript ist ja weiter nichts als eine Processentscheidung, welche das geltende Recht zu interpretiren, nicht zu ändern bestimmt ist und nur

¹⁾ Ueber die Zeitfolge der in den Rechtsbüchern enthaltenen Verordnungen Diocletians und seiner Mitregenten. Abh. d. Berl. Acad. 1860, S. 419.

dadurch für die Rechtsentwicklung von Bedeutung wird, dass sie von der höchsten Instanz des Römerreiches ausgeht. Den Cäsares den Erlass derartiger Verordnungen zu untersagen, wäre gleichbedeutend gewesen mit dem Ausschluss von der obersten Appellationsgerichtsbarkeit, welche doch schon Constantin sogar den Praefecti Praetorio zugestanden hat. Es kann also nur fraglich sein, ob es gestattet war, die Rescripte der Cäsares auch für andere Processe als diejenigen, in welchen sie erlassen waren, vor Gericht zu citiren, doch auch dies muss unbedingt bejaht werden. Denn alle Schriftstücke, welche von den Kaisern beider Rangclassen ausgingen, trugen ja unterschiedslos die Ueberschrift: *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et Constantius et Maximianus nobilissimi Caesares*¹⁾; ob sie von einem Augustus oder einem Cäsar herühren, lässt sich nur an dem Orte des Datums erkennen; für die Gerichte, welche nicht bei jedem angeführten Rescript historische Untersuchungen über die Aufenthaltsorte der Kaiser anstellen konnten, waren sie also nicht zu unterscheiden. So finden sich denn auch in den letzten Monaten des Jahres 294 neben den aus Nicomedia datirten Erlassen Diocletians eine ganze Anzahl, welche mit dem Orte Sirmium bezeichnet sind²⁾ und zweifellos auf Galerius zurückgehen. Vom 2. November 285 besitzen wir zwei Rescripte, die verschiedene Ortsdaten tragen, folglich auch von verschiedenen Kaisern gegeben sein müssen³⁾. Zu dieser Zeit aber war der Mitregent Diocletians noch Cäsar, und dass hier kein Irrthum im Datum stattgefunden hat, sondern die eine Verordnung (Vat. 23) wirklich von ihm ausgegangen ist, wird auch durch ihren Inhalt bewiesen. Denn der Process, auf welchen sie sich bezieht, war infolge eines grossen Brandes von Rom entstanden, spielte also in dem Reichstheil des Maximian.

Dass die Augusti sich nicht mit kleinen Geschäften über-

¹⁾ Wenn es dafür eines Beweises bedürfte, so böte ihn die Verordnung des Constantius Chlorus bei Eumenius pro rest. schol. 14; die Ueberschrift derselben ist zwar verloren, doch spricht im Texte der Cäsar immer im Namen aller vier Kaiser, ausser wo er eines ihn persönlich angehenden Gegenstandes erwähnt. Vgl. Jahrb. f. class. Philol. 1888, S. 720. — ²⁾ Vgl. den Index zu Krügers Codex Iustinianus. —

³⁾ C. J. IV, 48, 5 = Vat. 23 und Vat. 297.

bürden mochten und deshalb, wo nur Interpretationen der bestehenden Gesetze erforderlich waren, die der Cäsares als gleichberechtigt anerkannten, liegt in der Natur der Sache; doch die Rechtseinheit des Reiches durfte darum nicht gefährdet werden. Die eigentliche Gesetzgebung scheint daher Diocletian sich selber vorbehalten und nicht nur die Cäsares, sondern auch den jüngeren Augustus davon ausgeschlossen zu haben. Wenigstens besitzen wir keinen Erlass der Vierkaiserherrschaft, der den Namen eines Gesetzes verdiente und nicht von Diocletian ausgegangen wäre. Nun hat der Senat unmittelbar nach dem Sturze des Maxentius dem Sieger die Würde des ältesten Augustus und damit die Stellung zuerkannt, welche Diocletian unter seinen Mitregenten eingenommen hatte¹⁾. Hiernach ist es mehr als wahrscheinlich, dass Constantin, so lange er jüngerer Augustus war, sich das Recht der Gesetzgebung selbst nicht beigelegt hat und folglich vor dem November 312 wohl Rescripte²⁾, aber keine Gesetze von ihm erlassen sein können. Die Zeitgrenze, von welcher die Constitutionen des Codex Theodosianus ihren Anfang nehmen, ist also keine zufällige, sondern eine historisch und rechtlich gegebene, und wenn Gothofredus das falsch datirte Gesetz XI, 3, 1 auf den 1. Juli 312 ansetzen will, so ist dies trotz seiner sehr scheinbaren Gründe zweifellos unrichtig.

Unsere Untersuchung würde sich wesentlich vereinfachen, wenn wir annehmen dürften, dass sich auch Licinius der Beschränkung des jüngeren Augustus gefügt habe; doch ist dies

¹⁾ Lact. de mort. pers. 44 nach der Besiegung des Maxentius: *senatus Constantino virtutis gratia primi nominis titulum decrevit, quem sibi Maximinus vindicabat*. Von den damals lebenden Kaisern war Maximinus Daza derjenige, welcher, wenn auch nur als Cäsar, am frühesten den Thron bestiegen hatte. Dass in allen officiellen Urkunden, Inschriften, Gesetzesinscriptionen u. s. w., die Kaiser in der Reihenfolge ihrer Anciennität aufgeführt werden, ist bekannt. Der *titulus primi nominis*, d. h. das Recht, seinen Namen denen aller Mitregenten voranzustellen, ist also das Abzeichen des ältesten Augustus. Dem Senatsbeschluss entsprechend finden wir denn auch seit Ende 312 den Namen des Constantin auf den Inschriften denen der beiden anderen Augusti vorgesetzt (CIL. V, 8021, 8060, 8963), während vorher der des Maximinus an der Spitze gestanden hatte. CIL. III, 5565 mit der Anm. Mommsens. — ²⁾ Ein solches ist Vat. 32 vom 29. Aug. 312.

an sich sehr unwahrscheinlich und durch sichere Zeugnisse widerlegt. Jede Schmälerung der Kaisergewalt liess sich nur so lange aufrecht erhalten, als ihr Inhaber sich derselben freiwillig fügte oder durch eine überlegene Macht dazu gezwungen wurde. Maximian beugte sich dem Geiste seines Mitregenten; Constantin hatte die triftigsten Gründe, sich vor der Unterwerfung Italiens gegen die älteren Herrscher nicht öffentlich aufzulehnen: Licinius dagegen brauchte eine Oberhoheit Constantins, wie sie in der ausschliesslichen Einräumung der Legislative gelegen hätte, nicht anzuerkennen und hat es nie gethan. Dass Gesetze von ihm vorhanden waren, ist uns denn auch ausdrücklich bezeugt¹⁾. Freilich waren sie nach seinem Sturze alle für ungiltig erklärt worden und gehörten daher in den Codex Theodosianus nicht hinein; auch wird man sie noch zur Zeit Constantins in den Archiven des Orients wohl zum allergrössten Theil vernichtet haben. Wenn aber doch vereinzelte Exemplare sich der allgemeinen Zerstörung entzogen hatten und ein Jahrhundert später in die Hände der Compilatoren kamen, so können diese nicht mehr im Stande gewesen sein, sie von den Gesetzen Constantins zu scheiden. Denn wie diese, so waren ja auch die Verfügungen des Licinius überschrieben: *Impp. Constantinus et Licinius AA.* und um die feineren Unterscheidungszeichen, wie Ort und Adressat sie boten, haben sich die Compilatoren gewiss nicht gekümmert. Dass auf solche Art manches, was dem Licinius gehört, in den Codex hineingekommen ist, lässt das folgende Gesetz (XIII, 10, 2) mit Sicherheit erkennen: *Idem A. (scil. Constantinus) ad Eusebium v. p. praesidem Lyciae et Pamphylicae. Plebs urbana, sicut in Orientalibus quoque provinciis observatur, minime in censibus pro capitatione sua conveniatur, sed iuxta hanc iussionem nostram immunis habeatur, sicuti etiam sub domino et parente nostro Diocletiano seniore Augusto eadem plebs urbana immunis fuerat. Dat. kal. Iun. Constantino A. III et Licinio III cons. (313).* Das Gesetz ist an einen asiatischen Beamten gerichtet, kann also nur von einem Kaiser ausgegangen sein, der den Orient beherrschte. Dass dies bei Constantin zu der Zeit, welche die Subscription an-

¹⁾ XV, 14 1: *remotis Licinii tyranni constitutionibus et legibus.*

gibt, noch nicht der Fall war, käme kaum in Betracht, denn das Consulat kann ja hier, wie in so vielen anderen Fällen, falsch sein und ist es thatsächlich. Aber der Text nennt den *Diocletian senior Augustus*, nicht *divus*, ist also noch bei seinen Lebzeiten abgefasst. Da nun dieser, trotz der Differenzen über sein Todesjahr, doch jedenfalls lange vor dem Sturze des Licinius gestorben ist, so kann über den Urheber des Gesetzes auch kein Zweifel obwalten. Doch wenn alles, was auf Licinius zurückgeht, nur durch Versehen in den Codex Theodosianus hineingerathen ist, so wird die Zahl seiner erhaltenen Erlasse natürlich eine sehr beschränkte sein. Das eben besprochene ist denn auch das einzige durchaus sichere Beispiel, welches wir anzuführen wissen; doch haben wir uns durch dasselbe immerhin für berechtigt gehalten, noch ein anderes Gesetz, wenn gleich zweifelnd, dem Licinius zuzuschreiben ¹⁾. Ob sich nicht auch sonst sein Eigenthum unter dem Namen des Constantin versteckt, vermögen wir nicht festzustellen; jedenfalls aber können diese Fälle nur ganz vereinzelte sein. In der Hauptsache sind wir also berechtigt, mit den Gesetzen der Jahre 312—337 so zu verfahren, als wenn sie alle von demselben Kaiser herstammten.

Dies ist namentlich insofern wichtig, als daraus folgt, dass die Datirungsorte, in denen wir ja das sicherste Mittel der Zeitbestimmung erkannt haben, ein einheitliches, in sich zusammenhängendes Itinerar ergeben müssen. Um für dieses eine feste Grundlage zu gewinnen, wird es angemessen sein, von denjenigen Daten auszugehen, welche uns nicht durch den Codex überliefert und folglich von den mannigfachen Verderbnissen seiner Subscriptionen unberührt geblieben sind. Glücklicher Weise ist auch das sonstige Quellenmaterial reich genug, um uns fast für jedes Jahr Constantins einzelne Anhaltspunkte für die Aufenthaltsorte des Kaisers zu gewähren. Ob

¹⁾ VIII, 4, 3 + X, 7, 1 + 20, 1 + XII, 1, 5 vom 21. Juli 317; vgl. auch VIII, 5, 2 vom 14. Mai 316. Das Rescript C. J. VII, 16, 41 ist zwar sicher von Licinius, muss aber aus einer anderen Quelle als dem Codex Theodosianus geschöpft sein. Denn erstens hat Theodosius II alle Rescripte von seiner Sammlung principiell ausgeschlossen, zweitens haben seine Compiler den Namen des Licinius ausnahmslos aus den Ueberschriften getilgt, während er an dieser Stelle erhalten ist.

die Daten des Codex Theodosianus mit diesen in Uebereinstimmung sind, muss den Prüfstein für ihre Richtigkeit bilden.

- 312 Am 28. October 312 schlug Constantin den Maxentius an der Milvischen Brücke und zog am andern Tage in Rom ein¹⁾. Nachdem er dort die dringendsten Angelegenheiten geordnet und durch den Senat den Rang des ältesten Augustus empfangen hatte, verliess er die Stadt noch im Winter, um in Mailand mit Licinius zusammenzutreffen²⁾. Seinen Aufenthalt in Rom bestimmt Nazarius auf ungefähr zwei Monate; das bedeutet weniger als drei Monate, doch vielleicht nicht sehr viel weniger. Denn da es an dieser Stelle im Interesse des Lobredners liegt, die Zeit möglichst kurz darzustellen³⁾, so wird er den Ueberschuss an Tagen, selbst wenn er sehr beträchtlich war, gewiss eher nach unten als nach oben abgerundet haben.
- 313 Dass Constantin sein drittes Consulat am 1. Januar 313 in der Reichshauptstadt angetreten hat, ist auch aus andern Gründen wahrscheinlich⁴⁾, und die Spiele, welche diese Feier begleiteten, werden ihn wohl noch ein paar Wochen länger in Rom festgehalten haben⁵⁾. Doch muss die Zusammenkunft mit Licinius in Mailand⁶⁾ noch Anfang Februar stattgefunden und sich nur über wenige Tage ausgedehnt haben; denn sie wurde unterbrochen durch die Nachricht, dass

¹⁾ CIL. I, S. 352. — ²⁾ Lact. de mort. pers. 45: *Constantinus rebus in urbe compositis hieme proxima Mediolanium contendit.* —

³⁾ Paneg. X, 33: *quidquid mali sexennio toto dominatio feralis inflixerat, bimestris fere cura sanavit.* Wie man sieht, spitzt sich hier die Pointe darauf zu, die langen Jahre, welche Rom unter Maxentius gelitten hatte, mit den kurzen Monaten, die Constantin zur Heilung des Schadens brauchte, in Gegensatz zu stellen. — ⁴⁾ Lactanz de mort. pers. 17 sagt von Diocletian: *cum libertatem populi Romani ferre non poterat, impatiens et aeger animi prorupit ex urbe inpendentibus calendis Ianuariis, quibus illi nonus consulatus deferebatur. tredecim dies tolerare non potuit, ut Romae potius quam Ravennae procederet consul.* Mit Recht bemerkt Tillemont, dass Lactanz dies nicht so scharf tadeln würde,

wenn sein Ideal Constantin sich ganz desselben Vergehens schuldig gemacht hätte. — ⁵⁾ Ueber diese Spiele s. Eumen. paneg. IX, 19. — ⁶⁾ Am sichersten ist dieselbe beglaubigt durch das Edict des Licinius bei Lact. 48 = Euseb. hist. eccl. X, 5, 3: *cum feliciter tam ego Constantinus Augustus quam etiam ego Licinius Augustus apud Mediolanium convenissemus.* Vgl. Lact. 45; Anon. Vales. 5, 13; Zos. II, 17, 2; Vict. epit. 41, 4.

Maximinus in das Gebiet des Licinius eingefallen sei, und 313 schon am 30. April 313 stand dieser seinem Gegner bei Tzirallum, 18 Milien diesseit Heraclea, zur Entscheidungsschlacht gegenüber¹⁾. Von Mailand zog Constantin in grösster Eile an den Niederrhein, um einen Einfall der Franken abzuwehren²⁾. Den Erfolg feierte er mit prächtigen Siegesfesten³⁾, welche jedenfalls in Trier, als der Hauptstadt Galliens, gehalten worden sind.

Das nächste Jahr sah den ersten Krieg zwischen Licinius 314 und Constantin. Da die Gesetze des letzteren mit dem 29. April abbrechen, darf man wohl vermuthen, dass er sehr bald darauf den Feldzug nach Pannonien angetreten hat. Am 8. October 314 schlug er seinen Gegner bei Cibalae⁴⁾ und drang dann schnell nach Sirmium vor⁵⁾.

Die weiteren Bewegungen Constantins sind durch die mangelhafte Ueberlieferung sehr verdunkelt, lassen sich aber trotzdem mit grosser Wahrscheinlichkeit feststellen. Davon muss zunächst ausgegangen werden, dass die Entscheidung des Krieges eine sehr schnelle war, also für complicirte Märsche und Operationen keine Zeit blieb. Dies ergibt sich aus folgendem: Im Jahre 315 bekleideten die beiden Gegner gemeinsam ihr drittes Consulat, worin offenbar ihre wiederhergestellte Einigkeit für die Unterthanen des Reiches zum Ausdruck kommen sollte. Die Designation kann also nicht stattgefunden haben, ehe der Friede geschlossen war. Nun pflegt der Chronograph von 354⁶⁾ in seiner Praefectenliste es regelmässig anzumerken, wenn am Neujahrstage die Namen der Consuln in Rom noch nicht bekannt waren; doch unter dem Jahre 315 findet sich keine derartige Notiz. Mithin sind sie

¹⁾ Lact. 46. Dass die Mansio, bei welcher nach Lact. 45 die Schlacht geschlagen wurde, Tzirallum hiess, ergeben die Itinerarien. Vgl. Mommsen, Abh. d. Berl. Acad. 1860, S. 434. — ²⁾ Anon. Vales. 5, 13: *nuptiis celebratis Gallias repetit Constantinus*. Eumen. paneg. IX, 21: *codem impetu, quo redieras in Gallias tuas, perrexisti ad inferiorem Germaniae limitem*. Vgl. Zosim. II, 17, 3. — ³⁾ Eumen. paneg. IX, 23. — ⁴⁾ Idat. fast. 314: *his cons. bellum Cibalense fuit d. VIII id. Oct.* Vgl. Zos. II, 18, 2; Anon. Vales. 5, 16; Eutrop. X, 5; Vict. epit. 41, 5; Sozom. I, 6. — ⁵⁾ Zosim. II, 19, 1. Anon. Vales. 5, 16. — ⁶⁾ Herausgegeben von Mommsen, Abh. d. K. sächs. Gesellsch. d. Wissensch. II, S. 549.

314 im Jahre 314 so lange vor dem 31. December designirt worden, dass ihre Verkündigung in der Reichshauptstadt noch rechtzeitig erfolgen konnte, wonach der Friedensschluss spätestens Mitte December, also nur zwei Monate nach der Schlacht bei Cibalae, anzusetzen ist. Diese Combination wird auch durch einen zweiten Umstand unterstützt. Dass Constantin während eines Krieges, in dem es sich um seine Existenz handelte, zu gesetzgeberischer Thätigkeit keine Musse gefunden hat, ist an sich wahrscheinlich und wird durch den Codex Theodosianus bestätigt. Mit dem Beginn des Feldzuges hören die Gesetze auf und beginnen erst wieder nach dem Abschluss desselben. Das erste trägt leider kein Datum, doch ist es nach dem Propositum schon am 22. Januar 315 zu Cagliari in Sardinien publicirt worden und kann folglich nicht später als im December 314 gegeben sein.

Constantins nächster Zweck war natürlich, die Macht seines Gegners zu zerschmettern und sich der ganzen ihm unterworfenen Reichshälfte zu bemächtigen. Sein Operationsziel musste also Byzanz, die Brücke zwischen Orient und Occident sein. Auf der grossen Strasse, die von Sirmium aus dorthin führte, stellte sich ihm denn auch Licinius zum zweiten Male entgegen; bei Adrianopel fasste er nach seiner Niederlage zuerst wieder festen Fuss¹⁾. Dass Constantin um dieselbe Zeit in Philippi gewesen sei, steht zwar in der Handschrift des Anonymus Valesianus, doch kann dies unmöglich richtig sein; ein Zug nach Makedonien wäre unter den gegebenen Umständen gänzlich zwecklos gewesen. Ohne Zweifel verfolgte der Sieger den geschlagenen Feind und hielt sich ihm so nahe als möglich auf den Fersen²⁾; wir werden demnach für Philippi Philippopolis zu setzen haben, wie schon Tillemont vermuthet hat. Das zweite Schlachtfeld des Krieges ist also zwischen dieser Stadt und Adrianopel zu suchen; wahrscheinlich war es bei dem Orte, welcher im Itinerarium Antonini S. 231 *Castra Iarba* genannt ist und ungefähr an der Stelle des heutigen Harmanly gelegen haben muss³⁾. Dort

¹⁾ Anon. Vales. 5, 17: *inde apud Hadrianopolim Thraciae civitatem per Valentem collecta ingenti multitudine legatos ad Constantinum de pace misit apud Philippos constitutum.* — ²⁾ Dies bezeugt auch Zosimus II, 19. — ³⁾ Anon. Vales. 5, 17: *iterum reparato bello in campo*

theilten sich die Strassen, welche von Byzanz und Adrianopel 314 links nach Philippopolis, rechts nach Beroea führten, wodurch der ganze Verlauf des Kampfes erst verständlich wird. Die Schlacht war unentschieden, als die Dunkelheit die Streitenden trennte; doch am andern Morgen fand Constantin sich keinen Feind mehr gegenüber. Mit gewohnter Entschlossenheit begann er die Verfolgung in der Richtung auf Byzanz. Aber Licinius hatte nicht seine natürliche Rückzugsstrasse eingeschlagen, sondern war seitwärts nach Beroea ausgewichen und stand jetzt seinem Gegner im Rücken, ihn von seinen Verbindungen abschneidend¹⁾. Dieser geschickte Zug zwang Constantin, auf die Vernichtung seines Nebenbuhlers zu verzichten und den dargebotenen Frieden anzunehmen. Sind die Schlussakte des Krieges in dieser Weise verlaufen, so ist es leicht, sie in den gegebenen Raum von etwa zwei Monaten einzuschliessen; wäre dagegen Constantin von Sirmium nicht nach Philippopolis, sondern nach Philippi, Licinius von Adrianopel nicht nach dem thrakischen, sondern nach dem makedonischen Beröa gezogen, so könnte die Zeit unmöglich ausreichen.

Für das nächste Jahr versagt die directe Ueberlieferung, 315 doch ist die Lücke schon von Mommsen durch eine sehr ansprechende Combination ausgefüllt²⁾. Im stadtrömischen Kalendarium des Philocalus sind drei *adventus divi* verzeichnet, unter dem 29. October, 18. und 21. Juli. Der erste ist der Einzug Constantins nach der Schlacht an der Milvischen Brücke (S. 182); die anderen gehen beide dem Tage seiner

Mardiense ab utroque concurritur. Das Mardische Feld ist sonst gänzlich unbekannt; ob hier *Mardiense* in *Iarbiense* zu ändern ist oder im Itinerar *Iarba* in *Marda*, wagen wir nicht zu entscheiden. Die Corruptel der Tabula Peutingeriana: *Castra Rubra* scheint für das erstere zu sprechen. Doch wie dem immer sein mag, jedenfalls sehen sich die beiden Namen graphisch so ähnlich, dass man sie unbedenklich identificiren kann.

¹⁾ Anon. Vales. 5, 18: *Licinius et Valens credentes Constantinum, quod et verum erat, ad persequendum longius ad Byzantium (a Byzantio d. Handschr.) processurum, flexi in partem Beroeam concesserunt. ita Constantinus vehementer in ulteriora festinans deprehendit Licinium remansisse post tergum, fatigatis bello et itinere militibus.* Nach Petr. Patric. 13 hatte Licinius schon den Tross des Constantinischen Heeres plündern können. — ²⁾ CIL. I, S. 397.

- 315 Thronbesteigung (25. Juli) so nahe voraus, dass die Annahme nicht abzuweisen ist, er sei beide Mal eben desshalb nach Rom gekommen, um jenen Tag in der Reichshauptstadt festlich zu begehen. Dass er dort 326 seine Vicennalien feierte, nachdem er ein Jahr vorher dieselbe Feier schon in Nicomedia veranstaltet hatte, ist uns denn auch ausdrücklich überliefert¹⁾. Hierzu passen die folgenden Daten des Codex Theodosianus:

6. Juli 326 Mailand IX, 21, 3,
 25. Septbr. 326 Spolegium XVI, 5, 2,
 23. Octbr. 326 Mailand IV, 22, 1.

Das erste zeigt uns den Kaiser auf der Reise nach Rom, die beiden anderen auf der Rückkehr nach den Nordprovinzen. Aus ihnen ergibt sich mit einiger Wahrscheinlichkeit, dass der Einzug vom 21. Juli dem Jahre 326 angehört. Denn wäre der Kaiser schon am 18. in Rom angelangt, so müsste er von Mailand aus täglich im Durchschnitt 36 Milien zurückgelegt haben, eine Leistung, der sich nicht leicht jemand ohne die dringendste Nöthigung unterziehen wird.

Den dritten *adventus divi* hat Mommsen mit der Decennalienfeier vom Jahre 315 in Zusammenhang gebracht²⁾, und auch dazu passen die Daten der Gesetze, wie sie weiter unten in der Tabelle zusammengestellt sind. Ihm entspricht die *profectio divi* vom 27. September. Denn da Constantin im Jahre 312 Rom im Januar verlassen hat, 316 kaum vor Ende September dort angelangt sein kann und 326 schon am 25. September in Spoleto war, so lässt sich dies Datum auf kein anderes Jahr beziehen.

- 316 Im Jahre 316 eröffnete der Kaiser am 1. August das Concil von Arles³⁾. Dort seine schwangere Frau zurücklassend, die ihm ein halb Jahr später den Constantin gebar⁴⁾,

¹⁾ Eusebius-Hieronymus 2342: *Vicennalia Constantini Nicomediae acta et sequenti anno Romae edita*. Idat. fast. 326: *edidit vicennalia Constantinus Augustus Romae*. — ²⁾ Zur Feier seines Einzuges scheint der Constantinsbogen eingeweiht zu sein, dessen Inschrift neben dem Siege über Maxentius auch der Decennalien erwähnt. CIL. VI, 1139. — ³⁾ Zeitschr. f. Kirchengesch. X, S. 509 und 511. — ⁴⁾ Vict. epit. 41, 4: *item Constantinum iisdem diebus natum in oppido Arclatensi — Caesares effecit*. Vgl. Zosim. II, 20, 2. Seine Ernennung zum Caesar fand am 1. März 317 statt.

ging er wieder nach Rom, dann nach Mailand, wo er den 316
Donatistischen Streit endgiltig entschied¹⁾. In einem Briefe,
der das Datum des 10. November 316 trug, theilte er seinen
Urtheilsspruch dem Vicar von Afrika mit²⁾.

Als er ihn schrieb, wird er wahrscheinlich schon nach 317
Serdica unterwegs gewesen sein. Denn von dort aus führte
er die Unterhandlungen mit Licinius³⁾, welche am 1. März
317 in der Ernennung der Kaisersöhne zu Cäsares ihren Ab-
schluss fanden⁴⁾.

Dass Constantin den Winter 317/18 in Sirmium zubrachte, 318
im Sommer nach Mailand zog und im Herbst wieder nach
Sirmium zurückkehrte, ist schon an anderer Stelle (S. 29) dar-
gelegt worden.

Für die nächsten Jahre besitzen wir keine andere Ueber- 319
lieferung, als dass Constantin einmal daran gedacht habe, ^{bis} 321
Serdica zur Reichshauptstadt zu machen⁵⁾. Ob dies wahr ist,
mag man billig bezweifeln; jedenfalls aber hätte ein solches
Gerücht nicht entstehen können, wenn er dort nur hin und
wieder auf kurze Monate, wie in so vielen Städten seines
Reiches, nicht Jahre hindurch gewohnt hätte. Für eine solche
dauernde Residenz in Serdica lässt sich keine andere Zeit

¹⁾ August. epist. 43, 7, 20: *Iussit enim ille, ut ei partes ad agendam causam Romam occurrerent. quo cum Caecilianus nescio qua causa non occurrisset, interpellatus ab eis praecepit, ut Mediolanum sequerentur.* — ²⁾ Zeitschr. f. Kirchengesch. X, S. 522. — ³⁾ Anon. Vales. 5, 19: *deinde reversus Serdicam Constantinus hoc cum Licinio absente constituit, ut filii Constantini Crispus et Constantinus, filius etiam Licinii Licinius Caesares fierent.* — ⁴⁾ Idat. fast. 317: *his cons. levati tres Caesares Crispus Licinius et Constantinus die kal. Mart.* Ebenso Chron. Pasch. Das Jahr ist auch dadurch sichergestellt, dass die Cäsares im 15. Jahre Constantins (321) ihre Quinquennalien feierten (Paneg. X, 2). Die Sonnenfinsterniss, welche nach Vict. Caes. 41, 6 *iisdem mensibus* beobachtet wurde, dürfte wohl die vom 31. December 316 sein, welche, wie mir Matzat auf meine Bitte berechnet hat, in Oberägypten, wenn auch nur partiell, sichtbar war (vgl. Oppolzer, Canon der Finsternisse. Denkschr. der Wiener Acad. math.-naturwiss. Classe, Bd. 52, Tafel 73). Die Meldung des Prodigiums kann aus dem äussersten Süden des Reiches in Serdica nicht sehr lange vor dem 1. März 317 eingetroffen sein. — ⁵⁾ Müller, Erg. hist. Graec. IV, S. 199: *ὅτι Κωνσταντῖνος ἐβουλεύσατο πρῶτον ἐν Σαρδικῇ μεταγαγεῖν τὰ δημόσια, φιλῶν τε τὴν πόλιν ἐκείνην συνεχῶς ἔλεγεν· „ἢ ἐμὴ Ῥώμη Σαρδική ἐστιν“.*

320 ausfindig machen als die vom Winter 319/20 bis zum Frühling 321. Wenn der Kaiser, der bis dahin ewig auf Reisen gewesen war, über ein Jahr in derselben Stadt aushielt, so konnte dies wohl zu der Meinung verleiten, er wolle sie zu seiner Hauptstadt machen.

322 Wir wenden uns jetzt dem zweiten Kriege gegen Licinius
bis
324 und den ihm unmittelbar vorhergehenden Ereignissen zu. Die Geschichte derselben bietet eine ganze Reihe von Ortsdaten, doch ist ihre Zeitbestimmung controvers. Wir werden daher nach einer kurzen Aufzählung der überlieferten Thatsachen ihre Chronologie einer erneuten Prüfung unterziehen müssen.

Nach Zosimus (II, 21) zog Constantin persönlich gegen die Sarmaten zu Felde, welche in seinen Reichstheil eingefallen waren. Er traf auf den Feind, als dieser mit der Berennung einer römischen Stadt beschäftigt war, schlug ihn und trieb ihn über die Donau zurück. Was der flüchtige Compiler eine „Stadt“ nennt, kann nur das Grenzfort Campona, unterhalb Ofen, gewesen sein; denn hier wurde nach Porphyrius VI (XXII) 18 der Sieg über die Sarmaten gewonnen. Der Kaiser verfolgte sie auf ihr Gebiet, schlug sie hier noch einmal und kehrte dann, wie es scheint am Ausfluss der Morava¹⁾, wieder auf das römische Donauufer zurück. Dann zog er mit dem Haufen der Gefangenen stromabwärts nach Bononia (Widin) und leitete von hier aus ihre Vertheilung an die Städte des Römerreiches, auf deren Gebiet sie als leibeigene Bauern angesiedelt werden sollten²⁾. Nach Beendigung dieses

¹⁾ Porphy. VI (XXII) 22:

*Plurima conabor, Phoebeo carmine gaudens,
Margensis memorare boni caelestia facta,
Introitus et bella loqui perculsa ruinis,
Quis devicta iacet gens duro Marte caduca.*

Seine wunderlichen Verskünsteleien zwingen dem Dichter eine Sprache auf, die kaum noch verständlich ist; doch wenn hier der Name der Festung Margus mit dem *introitus*, das heisst doch wohl dem Wiedereintritt in die Reichsgrenzen, in Verbindung erscheint, so lässt sich dies kaum anders interpretiren, als dass Constantin bei Margus über die Donau gegangen ist. — ²⁾ Porph. VI (XXII) 26:

*Testis magnorum vicina Bononia praesens
Sit voti compos excisaque agmina cernens
Det iuga captivis et ducat cetera praedas.*

Zos. II, 22: διατείμας δὲ τοίτους (sc. τοὺς αἰχμαλώτους) ταῖς πόλεσιν ἐπὶ τὴν Θερσσυλονίχην ἐχώρει.

Geschäftes begab er sich nach Thessalonike, um die Flotten-
 rüstung für den schon lange drohenden Krieg mit Licinius ³²²
 zu leiten. Hier erhielt er die Nachricht, dass die Gothen ^{bis}
 in die europäischen Provinzen von Licinius Reichstheil ein- ³²⁴
 gefallen seien. Er zog ihnen entgegen und zwang sie
 zum Frieden¹⁾. Doch diesen Eingriff in sein Machtgebiet
 betrachtete Licinius als eine Verletzung des Vertrages von 314.
 Es kam darüber zu gereizten Verhandlungen, die endlich zum
 Bürgerkriege führten. Am 3. Juli wurde Licinius bei Adria-
 nopel geschlagen²⁾, zog sich nach Byzanz zurück und musste
 hier eine Belagerung erdulden. Durch die Zerstörung seiner
 Flotte veranlasst, gab er die Vertheidigung auf, ging über
 den Bosphorus und erlitt endlich am 18. September bei Chal-
 cedon die Niederlage, welche über sein Schicksal entschied³⁾.

Als Licinius mit Constantin über dessen Grenzverletzung
 unterhandelte, führte er, wie eine sehr gute Quelle berichtet,
 bald eine bittende, bald eine übermüthige Sprache⁴⁾. Dies ist
 nur möglich, wenn mehr als eine Gesandtschaft zwischen den
 feindlichen Mitregenten hin- und herging. Danach dürften
 die Verhandlungen, welche den Krieg einleiteten, von nicht
 gar zu kurzer Dauer gewesen sein. In den schneebedeckten
 Gebirgen Thrakiens ist ein Feldzug vor dem März zum min-
 desten sehr schwierig; auch Constantin wird kaum früher
 gegen die plündernden Barbaren eingeschritten sein. Setzen
 wir also Gothen- und Bürgerkrieg in dasselbe Jahr, so könnten
 zwischen dem Beginn des ersteren und der Schlacht, welche
 in dem zweiten die glückliche Wendung herbeiführte (3. Juli),
 höchstens vier Monate liegen, was offenbar viel zu wenig ist.
 Danach ist anzunehmen, dass die beiden Kriege in zwei ver-

¹⁾ Anon. Val. 5, 21: *item cum Constantinus Thessalonicae esset, Gothi per neglectos limites eruperunt et vastata Thracia et Moesia praedas agere coeperunt. tunc Constantini terrore et impetu repressi captivos illi impetrata pace reddiderunt.* — ²⁾ Das Datum bei Idat. fast. 324; CIL. I, S. 346; Cod. Theod. VII, 20, 1. Im Chron. Pasch. 325 ist *πρὸ τῆς χαλανδῶν ἰουλίων* wohl nur Schreiberversehen. — ³⁾ Das Datum bei Idat l. l. und im Chron. Pasch. l. l. Im Kalender des Philocalus CIL. I, S. 350 ist der Tag durch die *ludi triumphales* bezeichnet. — ⁴⁾ Anon. Val. 5, 22: *deinde cum variasset inter supplicandia et superba mandata, iram Constantini merito excitavit.*

322 schiedene aufeinanderfolgende Jahre fielen. Auch die Feld-
 bis
 324 züge gegen die Sarmaten und gegen die Gothen lassen sich
 kaum in demselben Sommer unterbringen; doch ist es in
 diesem Falle nicht nöthig, dass die Jahre, denen sie ange-
 hörten, sich unmittelbar folgten. Zwar geht Constantin nach
 dem Sarmatenkriege nach Saloniki und von eben derselben
 Stadt zieht er gegen die Gothen aus; doch wäre es immerhin
 möglich, dass zwei Winterquartiere an demselben Ort zwischen
 die beiden Feldzüge einzuschieben sind.

Als Nazarius am 1. März 321 seinen Panegyrikus hielt,
 wusste er noch nichts vom Sarmatenkriege; als Constantin am
 20. Mai 325 das Concil von Nicäa eröffnete, war er bereits
 unbestritten Alleinherrscher des Römerreiches. Innerhalb dieser
 Grenzen bleiben für die Vertheilung der drei besprochenen
 Kriege nur folgende drei Möglichkeiten:

| | | | |
|---------------|-----|----------|----------|
| Sarmatenkrieg | 321 | oder 321 | oder 322 |
| Gothenkrieg | 322 | 323 | 323 |
| Bürgerkrieg | 323 | 324 | 324 |

Um die Entscheidung zu treffen, werden wir von dem
 Bürgerkriege ausgehen müssen, weil über diesen die Zeugnisse
 am reichlichsten fliessen.

Für das Jahr 324 sprechen:

1) Die Datirung der Idatianischen Fasten, welche in diesem
 Falle von entscheidender Bedeutung ist. Denn wenn Tille-
 mont dagegen anführt, dass Idatius sehr oft die Ereignisse
 unter falsche Jahre setze, so ist dies zwar richtig, gilt aber
 nur von denjenigen Theilen seiner Fasten, welche occidentali-
 schen Quellen entlehnt sind. Soweit er der Stadtchronik von
 Constantinopel folgt, was hier zweifellos der Fall ist, sind
 seine Datirungen durchaus zuverlässig¹⁾.

2) Das Chronicon Paschale erzählt die Besiegung des
 Licinius doppelt; einmal nach einer erweiterten und verschlech-
 terten Redaction derselben constantinopolitanischen Chronik
 unter dem Jahre 325, einmal aus anderer Quelle unter dem
 Jahre 324. Das erste ist sicher falsch, doch sind derartige

¹⁾ Vgl. Seeck, Studien zur Geschichte Diocletians und Constantins.
 II. Idatius und die Chronik von Constantinopel. Jahrb. f. class. Philol.
 1889.

Irrthümer in der Paschalchronik ebenso häufig, wie bei Idatius 322 unerhört; immerhin ist es wahrscheinlicher, dass die Datirung 324 sich um ein, als dass sie sich um zwei Jahre verschoben habe. Das zweite ist deswegen sehr zu beachten, weil uns hier ein Zeugniß vorliegt, das, wenn auch an sich schlecht genug, doch von Idatius und seiner Quelle ganz unabhängig ist und gleichwohl mit ihm übereinstimmt.

3) Aurelius Victor (Caes. 41, 15) sagt von Constantin: *anno imperii tricesimo secundo, cum totum orbem tredecim tenuisset, — excessit*. Rechnen wir die Alleinherrschaft Constantins vom 18. September 324, so hatte er sie bei seinem Tode (22. Mai 337) zwölf Jahre und acht Monate besessen.

4) In Bezug auf das Concil von Nicäa berichtet Socrates I, 8: *ἐπιτελέσας δὲ ὁ βασιλεὺς ἐπινίκιον κατὰ Λικιννίου ἑορτὴν ἀπῆντα καὶ αὐτὸς εἰς τὴν Νίκαιαν*. Die Interpretation Tillemonts, der diese Feier nicht auf den Sieg selbst, sondern auf einen späteren Jahrestag desselben beziehen will, ist zum mindesten gezwungen. Ueberdies fällt keine Schlacht in dem Kriege gegen Licinius vor den 3. Juli, während das Concil schon am 20. Mai 325 vom Kaiser in Person eröffnet wurde. Wenn dagegen der entscheidende Sieg am 18. September 324 erfochten wurde, so ist es sehr wohl möglich, dass die Siegesfeier erst im Frühling des folgenden Jahres stattfand. In den ersten Monaten nach der Eroberung seines neuen Reiches wird Constantin eben mehr zu thun gehabt haben, als Circusrennen und Gladiatorenspiele anzusehen.

Was Tillemont für das Jahr 323 anführt, stützt sich ganz vorzugsweise auf Gesetze des Codex Theodosianus, kommt also für uns schon deshalb nicht in Betracht, weil die Chronologie derselben ja das Ziel unserer Untersuchung ist und folglich nicht ihre Grundlage bilden kann. Doch da wir schon jetzt in der Lage sind, seine Gründe zu widerlegen, mögen sie immerhin angeführt werden.

1) Ein Gesetz, dessen Unterschrift das Datum des 24. April 324 aufweist, ist überschrieben (XI, 16, 3): *Idem Augustus* (scil. *Constantinus*) *ad edictum Chalcedoniensium et Macedoniensium*. Was dies bedeutet, ist mir nicht recht klar, doch der Name der Stadt Chalcedon macht es wahrscheinlich, dass der Kaiser, von welchem die Verfügung ausging, über den Orient

322 gebot. Im Frühling 324 that dies Constantin nach unserer
 bis
 324 Chronologie zwar noch nicht; aber selbst wenn das Datum
 des Gesetzes richtig wäre, was wir nicht glauben, könnte es
 doch von Licinius herrühren (s. S. 180), würde also weder für
 noch gegen uns irgend etwas beweisen.

2) Cod. Theod. XV 14, 1: *Remotis Licinii tyranni constitutionibus et legibus, omnes sciant, veteris iuris et statutorum nostrorum observari debere sanctionem. Proposita XVII kal. Iun. Crispo III et Constantino III Caess. coss. (324).* Eine solche Bestimmung kann natürlich erst nach dem Siege über Licinius getroffen sein, doch liegt es in der Natur der Sache, dass sie der Entscheidungsschlacht sehr bald gefolgt sein muss. Wäre aber diese, wie Tillemont will, schon am 18. September 323 geschlagen worden, so würde ihr jenes Gesetz um beinahe acht Monate nachhinken, was doch wohl kaum denkbar ist. In der Datirung muss also ein Fehler stecken. Schreibt man *Ian.* statt *Iun.*, so ist jede Schwierigkeit beseitigt, doch wird dieses Gesetz dann zu einer Stütze unserer Ansicht. Wenn Constantin einem Missbrauch desselben am 12. Febr. 325 entgegentritt (Cod. Th. XV 14, 2), so passt dies ganz vortrefflich zu dem von uns hergestellten Propositum des 16. Dec. 324, welches auf ein Datum des October oder November führt.

3) Aurelius Victor schreibt (XLI, 7), nachdem er die Ernennung der Cäsares (1. März 317) berichtet hat: *itaque sexennio post rupta pace apud Thracas Licinius pulsus Chalcedona concessit.* Es fragt sich, was hier unter der *pax rupta* zu verstehen ist. Meint Victor damit den Ausbruch des offenen Krieges, so spricht sein Zeugniß allerdings für Tillemont, nur dass es gegen all die oben angeführten Stellen nicht sehr in Betracht käme. Doch ist es sehr wohl möglich, dass er schon in der Grenzverletzung Constantins den Bruch des Friedens gesehen hat; ein Bruch des Friedensvertrages von 314, durch welchen die Machtsphären der beiden Herrscher streng gegeneinander abgegrenzt wurden, war sie ja ganz zweifellos. Nehmen wir diese Interpretation an — und das Recht dazu kann uns nicht abgesprochen werden —, so kommen wir schon mit dem Gothenkriege auf 323, was unserer Ansicht vollkommen entspricht.

4) Die Epitome Victors berechnet die Regierung des Licinius auf vierzehn Jahre¹⁾, aber dies passt ebenso wenig zur ^{bis} 322
324 Chronologie von Tillemont, wie zu der meinen. Denn setzt man seinen Regierungsantritt auf 307, wie Tillemont thut, so gelangt man mit seinem Sturz auf 321, setzt man jenen auf 308, wie ich es für richtig halte, so führt dies auf 322; unter keinen Umständen gewinnt man also ein mögliches Jahr. Mit-hin ist die Zahl zweifellos falsch, ob durch Schuld des Autors oder seiner Copisten mag dahingestellt bleiben²⁾.

5) Als Constantin im Osten Herr war, schickte er den Bischof Hosius von Corduba nach Alexandrien, um dort zwischen den Wortführern des arianischen Streites eine Versöhnung anzubahnen. Erst nachdem diese Mission sich als vergeblich erwiesen hatte, soll dann der Kaiser der gewöhnlichen Meinung zufolge die Kirchenversammlung von Nicäa berufen haben. Mit Recht hat man hervorgehoben, dass für die Hin- und Rückreise des Hosius, seine Verhandlungen mit den streitenden Parteien, das Ausschreiben des Concils und die Versammlung der Bischöfe die Zeit vom 18. September 324 bis zum 20. Mai 325 eine gar zu kurze ist. Aber selbst wenn der Vermittlungsversuch des spanischen Bischofs gelang, war damit das Concil noch keineswegs überflüssig gemacht. Es sollte ja auch die Osterfrage entscheiden, welche dem praktischen Sinn des Kaisers vielleicht wichtiger erschien, als der rein dogmatische Streit über das Verhältniss von Vater und Sohn; und auch für diesen selbst musste es von Bedeutung sein, wenn die Formel, auf welche die Parteien sich zu einigen vermochten, in feierlicher Bischofsversammlung anerkannt wurde. Ich halte es daher für sehr wahrscheinlich, dass Constantin nicht erst nach der Rückkehr des Hosius, sondern vielleicht schon vor seiner Abreise das Concil ausgeschrieben hat und dass die Sendung des Vermittlers nur den Zweck hatte, die bevorstehenden Verhandlungen glatter und einfacher zu gestalten. Dies vorausgesetzt ist die Zeit von acht Monaten vollkommen ausreichend, umsomehr als in der Rede, mit welcher Constantin nach Eusebius das Concil eröffnete, aus-

¹⁾ XLI, 8: *hic Licinius annum dominationis fere post quartum decimum, vitae proxime sexagesimum occidit.* — ²⁾ Vielleicht ist für XII zu schreiben XVI, was sehr gut passen würde.

³²² drücklich gesagt ist, dass er die Berufung desselben in Eile ^{bis} ³²⁴ betrieben habe¹⁾. Auch dass der Occident bei einer Versammlung, welche doch ökumenisch sein sollte, so sehr spärlich vertreten war, deutet darauf hin, dass den Bischöfen entlegener Provinzen zur Reise nach Nicäa nicht die genügende Zeit blieb²⁾.

Wie man sieht, sprechen alle Gründe dafür, den Sturz des Licinius in das Jahr 324 zu setzen, und damit ist auch über den Gotheneinfall entschieden. Gothofredus hatte vollkommen Recht, wenn er das Gesetz vom 28. April 323, durch welches jede Unterstützung der Barbaren bei ihren Plünderungen mit dem Feuertode bedroht wird (VII, 1, 1 + 12, 1), mit jenem Raubzuge in Zusammenhang brachte. Zweifelhaft bleibt also nur noch, ob der Sarmatenkrieg 321 oder 322 fiel, und hier bietet der Codex Theodosianus die Entscheidung.

Die erste grosse Niederlage erlitten die Sarmaten bei Campona im Norden von Niederpannonien und am 26. Juli 322 finden wir Constantin in Savaria (Stein am Anger) im Norden von Oberpannonien. Dorthin war er wahrscheinlich gegangen, um die Truppen von Wien bis Brigetio zum Schutze der Nachbarprovinz zusammenzuziehen. Jedenfalls muss es etwas sehr Dringendes gewesen sein, was ihn dahin geführt hatte, denn noch am 20. Juli war er in Sirmium; er hat also einen Weg von mehr als 250 Milien in noch nicht sieben Tagen zurückgelegt. Die nächsten Aufenthaltsorte des Kaisers, welche der Codex Theodosianus nach Savaria nennt, sind Serdica am 18. December 322 und Thessalonika am 15. Februar

¹⁾ Vit. Const. III, 12, 3: *ἔπειθ' ὁ δὲ τὴν ὑμετέραν διάστασιν παρ' ἐλπίδα πᾶσαν ἐπυθόμην, οὐκ ἐν δευτέρῳ τὴν ἀποὴν ἐθέμην, τυχεῖν δὲ καὶ τοῦτο θεοραπείας δι' ἑμῆς ἐνθάμινος ὑπηρεσίας, τοὺς πάντας ἀμελλήτῃ συμμετεστέιλάμην.* — ²⁾ Von den occidentalischen Bischöfen, welche man bei Hefele, Conciliengeschichte I², S. 292 aufgezählt findet, war Hosius von Corduba schon vorher im Gefolge des Kaisers gewesen. Dass auch Caecilian von Karthago nur zufällig anwesend war, ist deshalb sehr wahrscheinlich, weil sein Streit mit den Donatisten ihn zu ununterbrochenen Verhandlungen mit dem Hofe zwang. Marcus von Calabrien, Nicasius von Dijon und die beiden römischen Presbyter mochten gleichfalls irgend welche Geschäfte beim Kaiser haben. Die Diöcese des Domnus von Stridon endlich war von Nicäa nicht weiter entfernt als Alexandrien oder Cäsarea.

323; und wie wir S. 188 gesehen haben, ging Constantin nach 322 Beendigung des Sarmatenfeldzuges zuerst nach Bononia, dann ^{bis} 324 nach Thessalonika, zwischen denen Serdica ungefähr in der Mitte liegt. Alles dieses passt so vortrefflich zu einander, dass dadurch die Datirung des Krieges auf das Jahr 322 vollkommen sicher gestellt wird.

Nach der Niederlage vom 18. September 324 floh Lici-
nius nach Nicomedia; Constantin folgte ihm und nahm dort
seine Uebergabe entgegen¹⁾. Hier ertheilte er auch den Vete-
ranen, welche ihm den Sieg hatten gewinnen helfen, den Ab-
schied²⁾. Am 20. Mai 325 eröffnete er in dem benachbarten 325
Nicäa das erste ökumenische Concil³⁾ und wohnte den Sitzun-
gen desselben mindestens so lange bei, bis am 19. Juni der
Streit über das Verhältniss von Gott Vater und Gott Sohn
durch die Annahme der bekannten Glaubensformel entschieden
war⁴⁾. Dann kehrte er nach Nicomedia zurück, um dort am
25. Juli die Feier seiner Vicennalien zu begehen (S. 186).

Im folgenden Jahre ging er nach Rom, traf dort am 326
21. Juli ein und wiederholte am 25. die Festlichkeiten in der
Reichshauptstadt, mit welchen er ein Jahr vorher die Bevöl-
kerung Bithyniens ergötzt hatte (S. 186).

327 wurde das bithynische Drepanum neu gegründet und 327
nach Constantins Mutter zu Helenopolis umbenannt⁵⁾. Dass der
Kaiser diesem feierlichen Akte persönlich beiwohnte, ist an
sich wahrscheinlich und wird durch die Daten der Gesetze,
welche ihn uns vom Sommer 327 bis zum Frühling 328 in
den Umgebungen des Marmorameeres zeigen, zur Gewissheit
erhoben.

Für die beiden folgenden Jahre versagt die Ueberlieferung. 328
Dürfen wir den Daten des Codex trauen, so war Constantin ^{und} 329
im Sommer 328 an der unteren Donau, im Winter in Trier,

¹⁾ Zosim. II, 26, 3; 28, 1. — ²⁾ C. Th. VII, 20, 1: *veteranis, qui ex die V non. Iul., cum prima per Thraciam victoria universo orbi illuxit, et qui postea apud Nicomediam nostram missionem meruerunt* etc. — ³⁾ Socr. I, 13: *καὶ ὁ χρόνος δὲ τῆς συνόδου, ὡς ἐν παρασημειώσεσιν εὑρομεν, ὑπατείας Παυλίνου καὶ Ἰουλιανοῦ, τῇ ἐκτάδι τοῦ Μαΐου μηνός*. — ⁴⁾ Das Datum findet sich in den Akten des Concils von Chalkedon (Mansi, concil. coll. VI, S. 956) und Chron. Pasch. 325. Vgl. Zeitschr. f. Kirchengesch. X, S. 525. — ⁵⁾ Chron. Pasch. 327. Hieron. 2343.

328 von wo er im Frühling 329 nach Sirmium zurückgekehrt war.
 und
 329 Hiernach scheint es, als wenn der Kaiser die zusammenhängende Festungslinie, welche sich die Donau aufwärts und dann den Rhein abwärts hinzog, einer umfassenden Inspection unterzogen habe. Die Schnelligkeit der Reise fände in den Bequemlichkeiten, welche der Wasserweg auf den beiden grossen Strömen darbot, eine passende Erklärung.

330 Am 11. Mai 330 wurde Constantinopel eingeweiht, wobei sein Gründer natürlich anwesend war¹⁾.

Das Gründungsdatum Constantinopels haben wir unter den Zeugnissen für die Aufenthaltsorte des Kaisers absichtlich nicht mit angeführt. Tillemont hat sehr ausführlich darüber gehandelt und sich schliesslich zweifelnd für den 26. November 329 entschieden. Doch wer die von ihm gesammelten Stellen prüft und nicht nur die Zahl, sondern auch den Werth der Zeugnisse erwägt, der wird, scheint mir, zu dem Resultate kommen, dass es einen officiell anerkannten Gründungstag der neuen Hauptstadt überhaupt nicht gegeben hat. Das erste Wort in dieser Frage gebührt unstreitig der Stadtchronik von Constantinopel, und von dieser steht es fest, dass sie nur von der Dedication, nicht von der Gründung ihrer Heimathstadt zu berichten wusste²⁾. Themistius und Julian haben beide in Constantinopel gelebt und das zwar zu einer Zeit, wo die Stadt erst wenige Jahre alt war und folglich jeder Gebildete in ihren Mauern über Zeit und Umstände ihrer Gründung ganz genau unterrichtet sein musste; trotzdem setzen beide

¹⁾ Das Datum findet sich bei Idat. fast., Chron. Pasch., Hesych. bei Müller frg. hist. Graec. IV, S. 154, Malal. XIII, S. 8, Cedren. S. 284 A. — ²⁾ Von den Quellen, welche aus der Constantinopolitanschen Chronik schöpften, berichten die Dedication Hieronymus, Idatius und das Chronikon Paschale, die beiden letzteren mit dem Tagdatum. Einen Gründungstag nennt keine, obgleich es gerade zu den Eigenthümlichkeiten dieser Chronik gehörte, die allermeisten Ereignisse mit dem Monatstage zu versehen; als Gründungsjahr ist im Chronikon Paschale 328, im Barbarus Scaligeri (S. 58a) 318 genannt, doch schon die Differenz in der Datirung zeigt, dass diese Notizen nicht auf die beiden gemeinsame Quelle zurückgehen; auch ist ihre ganze Formulirung der Art, wie sie sonst nie in der Chronik von Constantinopel vorkommt. Offenbar gehören diese beiden Stellen zu den Zusätzen aus anderer und schlechterer Quelle, an denen gerade der Barbarus und das Paschale so überaus reich sind.

sie verschieden an. Themistius (S. 58 b) sagt darüber in seiner 330 Rede an Constantius: βασιλεῖ δὲ εἰκότως συναυξάνεται πόλις ἢ τῆς βασιλείας ἡλικιωτίς. πυνθάνομαι γὰρ ὡς καὶ ἡμυρίασεν ὁμοῦ ὁ γεννήτωρ τό τε ἄστυ τῷ κύκλῳ καὶ τὸν νῆα τῇ ἀλουργίδι. Constantius empfing den Purpur am 8. November 324 unmittelbar nach der Besiegung des Licinius; in diese Zeit fällt also nach Themistius der Mauernbau der neuen Hauptstadt. Falsch kann diese Datirung nicht sein, dafür bürgt die Autorität, auf der sie beruht; auch erklärt sie sich leicht genug. Wenige Monate vorher hatte Constantin Byzanz belagert und dabei seine Mauern höchst wahrscheinlich übel zugerichtet. Dass er sie neu baute, sobald die Stadt aus einer feindlichen zu einem Bestandtheil seines eigenen Reiches geworden war, liegt in der Natur der Sache; er braucht darum zu jener Zeit noch gar nicht die Absicht gehabt zu haben, sie nach sich umzubenennen und zur Hauptstadt des Ostens zu machen. Julian setzt den Beginn ihrer Erbauung 327¹⁾; in diesem Jahre ist nach Cod. Theod. II 24, 2 Constantin im Sommer in Byzanz gewesen und mag bei dieser Gelegenheit wohl auch Anordnungen für die Erneuerung der Stadt getroffen haben. In gewissem Sinne richtig sind also beide Daten; wenn aber so gut unterrichtete Leute so verschiedener Ansicht darüber sein konnten, was als die eigentliche Gründung Constantinopels zu betrachten sei, so folgt daraus mit voller Sicherheit, dass ein feierlicher Gründungsakt, der jede Zweideutigkeit ausschliessen musste, überhaupt nicht stattgefunden hat, sondern dass die Dedication vom 11. Mai 330 ihn ersetzte. Dieser Tag ist denn auch immer als *natalis urbis* gefeiert worden²⁾, d. h. er bedeutete für Constantinopel dasselbe, was für Rom der 21. April, an dem Romulus mit der Pflugschar den Mauerlauf der Stadt vorgezeichnet haben sollte. Was Philostorgius oder gar die späteren Byzantiner fabeln, kann dem gegenüber nicht in Betracht kommen.

¹⁾ Or. I, S. 8 B: πόλιν τε ἐπώνυμον αὐτοῦ κατέστησεν ἐν οἷς δὲ ὅλοις ἔτεσι δέκα. Als Endpunkt der Bauthätigkeit Constantins wird hier offenbar sein Tod (22. Mai 337) betrachtet. — ²⁾ Malal. XIII, p. 5 C: καὶ ἐπετέλεσεν ἑορτὴν μεγάλην μηνὶ Μαΐῳ τῷ καὶ Ἀρτεμισίῳ ἰα' — κτελεύσας διὰ θεοῦ αὐτοῦ τύπου τῇ αὐτῇ ἡμέρᾳ ἐπιτελεῖσθαι τὴν ἑορτὴν τοῦ γενεθλίου τῆς πόλεως αὐτοῦ.

- 331 Dass Constantin nach der Einweihung seiner Hauptstadt sich dort noch eine Zeitlang aufgehalten hat, ist an sich wahrscheinlich und wird durch die Daten der Gesetze bestätigt. Ein Erlass, der nicht durch den Codex, sondern auf Stein überliefert ist¹⁾, zeigt ihn uns noch am 30. Juni 331 in Constantinopel. Bald darauf hat er die Stadt verlassen, denn ein Gesetz, das am 1. August 331 gegeben war, ist erst am 1. September dort zur Publication gelangt. Als Athanasius Ende 331 vor dem Kaiser erschien, um sich gegen die Anschuldigungen seiner Feinde zu rechtfertigen²⁾, fand er ihn in Psammathia, einer Vorstadt Nicomedias³⁾.
- 332 Im Jahre 332 überschritt ein römisches Heer die Donau und gewann am 20. April einen Sieg über die Gothen⁴⁾. Der Führer in diesem Kriege war der junge Cäsar Constantin⁵⁾, doch auch sein Vater beobachtete die Operationen aus nächster Nähe und hielt wahrscheinlich die Reserven bereit. Denn nach Cod. Theod. III, 5, 4 + 5 befand er sich am 12. April in Marcianopel, nur drei bis vier Tagemärsche von der unteren Donau entfernt.
- 333 Am 25. December 333 ernannte Constantin seinen jüngsten Sohn zum Cäsar⁶⁾. Es ist nicht gewiss, aber doch sehr wahrscheinlich, dass dieser feierliche Akt in der Hauptstadt des Ostens vollzogen wurde.
- 334 334 wurde ein Theil der Sarmaten durch innere Kämpfe über die römischen Grenzen gedrängt⁷⁾. Wie sich aus den Daten des Codex ergibt, hat die Gefahr, welche dadurch dem Reiche drohte, den Kaiser wieder an die Donau gerufen.
- 335 335 feierte der Kaiser am 25. Juli seine Tricennalien in

¹⁾ Hermes XXII, S. 318. — ²⁾ Larsow, Die Festbriefe des heiligen Athanasius, Leipzig und Göttingen 1852, S. 77 und 80. — ³⁾ Athan. apol. 60, p. 141; Socrat. I, 27. — ⁴⁾ Idat. fast. 332: *his conss. victi Gothi ab exercitu Romano in terris Sarmatarum die XII kal. Mai.* Hieron. 2348: *Romani Gothos in Sarmatarum regione vicerunt.* — ⁵⁾ Anon. Vales. 6, 31; Iulian. Or. I, S. 9D. — ⁶⁾ Idat. fast. 333: *his conss. levatus est Constans die VIII kal. Ianuar.* — ⁷⁾ Idat. fast. 334: *his conss. Sarmatae servi universa gens dominos suos in Romaniam expulerunt.* Hieron. 2350: *Sarmatae Limigantes dominos suos, qui nunc Ardaragantes vocantur, facta manu in Romanum solum expulerunt.* Vgl. Anon. Vales. 6, 32.

Constantinopel¹⁾. Ebendasselbst ertheilte er am 7. November 335 dem Athanasius Audienz²⁾.

336 wurde mit grossem Gepränge die Hochzeit des Constantius gefeiert³⁾, jedenfalls in der neuen Hauptstadt. Constantin machte dabei selbst den Brautführer seines Sohnes⁴⁾.

Am 3. April 337 feierte der Kaiser noch das Osterfest in Constantinopel⁵⁾. Von Krankheit heimgesucht, ging er von dort in einen nahen Badeort, dann nach Helenopolis⁶⁾; endlich nach Ancyro, einem Vororte von Nicomedia, wo er am 22. Mai starb⁷⁾.

Dieses Ortsverzeichniss hat die Grundlage für die chronologische Bestimmung der Gesetze gebildet. Daneben sind natürlich auch die Adressaten berücksichtigt worden; doch was über diese zu sagen war, hat in der Tabelle selbst Platz gefunden, braucht also hier nicht wiederholt zu werden. An dieser Stelle sei daher nur auf einen merkwürdigen Umstand hingewiesen. Bekanntlich finden sich unter den Adressaten des Codex keine anderen Beamten so häufig wie die Präfecti Prætorio. Dies gilt auch für die Zeit Constantins des Grossen, aber erst seit dem 1. December 318; vorher ist kein einziges gut beglaubigtes Gesetz nachweisbar, dessen Ueberschrift das bekannte *pp.* zeigte. Dies befriedigend zu erklären, bin ich einstweilen noch ausser Stande, doch liegt es nahe, es mit der Reorganisation der Præfectur in Zusammenhang zu bringen, von welcher uns Zosimus (II, 33) erzählt, und folglich diese in das Jahr 318 zu setzen.

Auch was über den Inhalt der Gesetze als Mittel der Zeitbestimmung zu sagen wäre, ist meist so selbstverständlich,

¹⁾ Chron. Pasch. 335: *Κωνσταντίνου τοῦ εὐσεβοῦς ἡχθῆ τριακονταετηρίς ἐν Κωνσταντινουπόλει Ῥώμῃ πάντῃ φιλοτίμως πρὸς ἡ' καλανδῶν Ἀυγούστων.* Vgl. Euseb. vit. Const. I, 1. — ²⁾ Larsow, Die Festbriefe des heiligen Athanasius S. 28. — ³⁾ Euseb. vit. Const. IV, 49: *ἐπειδὴ δὲ καὶ ὁ τριακοντέτης αὐτοῦ τῆς βασιλείας διεπείρειτο χρόνος, τῷ δευτέρῳ τῶν παίδων συνετέλει γάμους.* — ⁴⁾ Euseb. l. l.: *νυμφοστολοῦντος αὐτοῦ βασιλέως τὸν παῖδα.* — ⁵⁾ Euseb. vit. Const. IV, 57; 60. — ⁶⁾ Euseb. IV, 61; Socrat. I, 39. — ⁷⁾ Der Ort bei Euseb. l. l., Socrat. l. l., Hieron. 2353, Aur. Vict. Caes. 41, 15, Eutrop. X, 8, 2, Nestorianus bei Malal. XIII, p. 6 C. Das Datum bei Euseb. IV, 64, Idat. fast. 337, Chron. Pasch. 337, Socrat. I, 40, Larsow, Die Festbriefe des heiligen Athanasius S. 29.

dass wir nicht dabei zu verweilen brauchen. Nur die eine Frage erheischt eine principielle Erörterung, wie weit wir berechtigt sind, Gesetze gleichen Inhalts derselben Zeit zuzuweisen.

Die meisten Erlasse sind uns nur unter einer Adresse überliefert, doch ist es trotzdem unzweifelhaft, dass nur sehr wenige an einen einzigen Beamten gerichtet sein können. Erliess der Kaiser eine Verfügung, welche die Localverhältnisse Afrikas regelte, so genügte es allerdings, wenn sie dem Proconsul von Afrika allein mitgetheilt wurde; doch ein allgemeines Reichsgesetz ausschliesslich einem Magistrat zu übersenden, welcher nicht einmal die Befugniss besass, es ausserhalb der Grenzen seiner Provinz auch nur publiciren zu lassen, wäre der Gipfel der Thorheit gewesen. Nennt also die Ueberschrift eines solchen Gesetzes den Proconsul Africae, so werden wir ohne weiteres annehmen dürfen, dass es an alle Provincialstatthalter versandt und uns nur desshalb unter jener beschränkten Adresse überliefert ist, weil das Exemplar, welches die Compileratoren auszogen, zufällig den afrikanischen Archiven entnommen war. Entsprechendes gilt natürlich auch für die anderen Beamten, ja unter den Gesetzen des Codex dürfte sich nur eine verschwindend kleine Zahl finden, bei der die Annahme gestattet wäre, sie seien nicht an verschiedene Adressaten in mehreren Ausfertigungen überschickt worden. Ganz gleichzeitig werden dieselben zwar kaum gewesen sein. Wenn man mit jedem Erlass, der von den kaiserlichen Canzleien ausging, die Couriere alsbald durch alle Provinzen des Reiches hätte reisen lassen, so hätten bei der ungeheuren legislativen Thätigkeit dieser Zeit in kurzem weder das Botenpersonal noch die Postpferde ausgereicht. Man wartete also die Gelegenheiten ab, und dasjenige Exemplar eines Gesetzes, welches an den Proconsul von Afrika abging, konnte daher ein paar Tage oder Wochen früher oder später vom Kaiser unterschrieben sein als dasjenige, welches der Comes Orientis empfangen sollte. Daraus folgt, dass dasselbe Gesetz in verschiedenen Provinzen nicht nur verschiedene Proposita, sondern auch verschiedene Data tragen konnte (vgl. S. 18). Trotzdem lassen sich diese mehrfachen Ausfertigungen noch immer insofern als gleichzeitig bezeichnen, als die Differenz immer

nur wenige Tage betrug, also historisch nicht in Betracht kommt.

Neben dieser Art, die Gesetze zu wiederholen, steht aber noch eine zweite. Von den römischen Magistraten, welche immer nur kurze Zeit im Amte waren, um dann wieder ins Privatleben zurückzukehren, konnte eine vollständige Gesetzeskenntnis weder verlangt noch erwartet werden. Hier und da mochten die Subalternen nachhelfen, welche zwar nicht lebenslänglich, aber doch auf längere Zeiträume angestellt und daher ihren Vorgesetzten an Geschäftserfahrung sehr überlegen waren; doch gar zu weit wird deren Jurisprudenz auch nicht gereicht haben. So kam es, dass der Kaiser mitunter in Fragen consultirt wurde, welche längst durch die Gesetzgebung entschieden waren, und dann natürlich nicht besser antworten konnte, als indem er das früher erlassene Gesetz an die Adresse des anfragenden Beamten wiederholte¹⁾. Dabei wurde wohl meist der alte Text einfach copirt²⁾, doch nicht selten brachte man auch den Inhalt in eine neue Form, wobei man ihn wohl durch Zusätze und Ergänzungen vervollständigte³⁾. Begegnet uns also dasselbe mehrmals unter verschiedener Adresse, so ist zweierlei möglich: entweder das Gesetz ist gleichzeitig an

¹⁾ Sirm. 1: *Satis mirati sumus, gravitatem tuam, quae plena iustitiae ac probae religionis est, clementiam nostram sciscitari voluisse, quid de sententiis episcoporum vel ante moderatio nostra censuerit vel nunc servari cupiamus, Ablabi parens carissime atque amantissime. itaque quia a nobis instrui voluisti, olim promulgatae legis ordinem salubri rursus imperio propagamus. sanximus namque, sicut edicti nostri forma declarat etc.* Der Text ist mit Hilfe von Schulte, *Constitutio Constantini ad Ablabium* (Festschrift zur Feier des 22. December 1888. Bonn 1888) hergestellt. —

²⁾ Val. 37: *[Data] IV id. Nov. Treviris, accepta [Valentiniano] nobilissimo puero et Victore cons. (369) [et iterum data ad consularum provinciae Lugdunensis primae Modesto et Hafrintheo cons.] (372).* Ein Beispiel aus der Zeit Constantins findet man in der Tabelle unter dem 4. Febr. 337. — ³⁾ Sirm. 4: *iamdudum quidem constitutionis nostrae saluberrima sanctio promulgata est, quam nunc repititae legis veneratione geminamus. VIII, 1, 4: vorax et fraudulentum numerariorum propositum — ita inhibendum est, ut et antea sancivimus et nunc itidem sancimus etc. XI, 39, 3: iuris iurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium, iamdudum artari praecepimus et ut honestioribus potius fides testibus habeatur. simili more sanximus etc. Vgl. Anm. 1.*

mehrere Beamte versandt oder es ist nach einiger Zeit zum zweiten Mal erlassen worden; aber die erstere Annahme ist in jedem Einzelfalle sehr viel wahrscheinlicher. Denn die gleichzeitige mehrfache Ausfertigung ist Regel, die spätere Wiederholung Ausnahme; bei seinem ersten Erlass muss das Gesetz in sehr zahlreichen Archiven niedergelegt sein, bei dem zweiten nur in demjenigen des einen Beamten, von welchem die Consultation ausgegangen war. Der Zufall müsste also höchst sonderbar gespielt haben, wenn sich nicht viel mehr Exemplare der ersten Ausfertigungen, als der späteren Erneuerungen in den Händen der Compileren angesammelt hätten. Finden wir daher dasselbe Gesetz mehrfach im Codex wiederholt, so werden wir immer zunächst die Präsump tion machen müssen, dass die Erlasse gleichzeitig sind, natürlich in dem beschränkten Sinne, der oben angegeben ist.

Doch dies sind theoretische Auseinandersetzungen, deren Giltigkeit sich erst in der Praxis zu zeigen hat. Prüfen wir also einige Beispiele, wie sich an ihnen das Princip bewährt. XI 36, 2: *Ad Volusianum pu. Qui a praeiudicio appellaverit vel ab executoribus rerum antea statutarum atque alterius auditorii praepropere iudicia poposcerit, triginta follium poena multetur, ita ut omnem causam ipse sine dilatione discingas etc.* pp. V kal. Mart. Romae, Constantino A. IV et Licinio IV conss. (315). XI 36, 3: *Ad Aelianum proconsulem Africae. Cum antehac lege de appellationibus data (gemeint ist XI 36, 1) statutum sit, ne quis a praeiudicio vel ab executione interponeret provocationem, — tamen nunc poenam addi placuit. — si quis igitur tali usus appellatione fuerit in tuo iudicio deprehensus, ipsum quidem triginta follium poena multes, causam autem universam — sine ulla dilatione discingas etc.* pp. VI kal. Mai. Karthagine, Constantino A. VII et Constantio C. conss. (326). Diese beiden Gesetze bestimmen ganz dasselbe, liegen aber nichtsdestoweniger eilf, oder wenn wir mit Gothofredus *Constantino A. VI et Constantio C. conss. (320)* schreiben, fünf Jahre auseinander. Nun ist es aber gerade in dem zweiten Fragment ausdrücklich gesagt, dass die Strafe von 30 Folles ein Novum sei, das erst eben eingeführt werde (*tamen nunc poenam addi placuit*); es muss also nothwendig entweder früher sein als das vorhergehende oder gleichzeitig.

Der Adressat Aelianus ist sonst als Proconsul von Afrika vom 1. October 313 bis zum 25. Februar 315 nachweisbar; sein Nachfolger erscheint am 25. August 315. Er ist also wirklich zugleich mit Volusianus im Amte gewesen, der nach dem Chronographen vom 8. December 313 bis zum 20. August 315 die Stadtpräfectur verwaltete. Ferner stimmen die Tage der beiden Proposita miteinander; denn dass ein Gesetz in Karthago zwei Monate später als in Rom zur Publication gelangt, entspricht vollkommen der Lage der beiden Städte. Fügen wir endlich noch hinzu, dass beide Jahresbenennungen Kaiserconsulate sind, also beliebig mit einander vertauscht werden können (S. 35), so dürfte der Beweis der Gleichzeitigkeit wohl geführt sein.

Dem aufmerksamen Leser wird es auffallen, dass die beiden Gesetze zwar inhaltlich übereinstimmen, aber ihr Wortlaut nur wenige, kaum bemerkbare Berührungspunkte zeigt. Sie sind also an die beiden Beamten nicht gleichlautend (*eodem exemplo*) erlassen worden, sondern die kaiserliche Kanzlei hat sich die Mühe gemacht, den gleichen Inhalt für jeden Adressaten in eine andere Form zu giessen. Dies erscheint uns sonderbar, entspricht aber ganz dem Geiste der Constantinischen Zeit. Damals war die römische Literatur aus dem Schläfe des dritten Jahrhunderts eben wieder zu neuem Leben erwacht, und alles bis zum Kaiser hinauf folgte ihrer Entwicklung mit regem Interesse und suchte sein Theil zu derselben beizutragen¹⁾. Die Gesetze trugen die Form des Briefes oder der Rede, also zweier Kunstformen, deren Pflege jener Zeit ganz besonders am Herzen lag, und dass man bemüht war, sie künstlerisch zu gestalten, zeigt jeder Blick in den Codex. Denn was uns darin als Schwulst, Ziererei und Unklarheit erscheint, ist eben nichts anderes als die Stilblüthen, zu welchen jenes Streben nach Schönheit führte. Zu Leitern der kaiserlichen Kanzleien wurden daher auch meist Leute von literarischem Rufe, wie Eumenius, Eutrop, Ausonius, Flavianus, ernannt, und das höchste Lob, welches man ihrer

¹⁾ Vgl. meine Recension von Peipers Ausonius. Gött. gel. Anzeigen 1887, Nr. 13, S. 502 ff., wo das litterarische Treiben des vierten Jahrhunderts ausführlicher charakterisirt ist.

Amtsführung zu spenden pflegte, ist das der Beredsamkeit ¹⁾. Um dies zu verdienen, haben sich einige derselben das stilistische Kunststück geleistet, die Gesetze für jeden Adressaten, dem sie überschickt wurden, in andere Worte zu kleiden. Mühsam genug wird dies gewesen sein und die Klarheit gewann sicher nicht dabei, doch die kaiserliche Kanzlei zeigte sich des neuen augusteischen Zeitalters würdig und stellte sich nicht das Armuthszeugniss aus, gleichlautende Briefe an mehrere Personen zu schreiben.

Ein zweites Beispiel bieten folgende drei Fragmente:

XVI 2, 1: *Imp. Constantinus A. Haereticorum factione comperimus ecclesiae catholicae clericos ita vexari, ut nominationibus seu susceptionibus aliquibus, quas publicus mos exposcit, contra indulta sibi privilegia praegraventur. ideoque placet, si quem tua gravitas invenerit ita vexatum, eidem alium subrogari et deinceps a supradictae religionis hominibus huiusmodi iniurias prohiberi. dat. prid. kal. Nov. Constantino A. III et Licinio III C. cons. (313).*

XVI 2, 2: *Idem A. Octaviano correctori Lucaniae et Brittiorum. Qui divino cultui ministeria religionis impendunt, id est hi qui clerici appellantur, ab omnibus omnino muneribus excusentur, ne sacrilego livore quorundam a divinis obsequiis avocentur. dat. XII kal. Nov. Constantino A. V et Licinio C. cons. (319).*

XVI 2, 7: *Idem A. Valentino consulari Numidiae. Lectores divinorum apicum et hypodiaconi ceterique clerici, qui per iniuriam haereticorum ad curiam devocati sunt, absolvantur et de cetero ad similitudinem Orientis minime ad curias devocentur sed immunitate plenissima potiantur. dat. non. Febr. Serdica, Gallicano et Symmacho cons. (330).*

¹⁾ Claud. in cons. Theod. 34: *terris edicta daturus / supplicibus responsa venis: oracula regis / eloquio crevere tuo, nec dignius unquam / maiestas meminit sese Romana locutam.* Symmach. epist. VII, 60, 2: *an ego adversum iudicium publicum provocem scriptis epistularum regiarum magistrum? nostrum est pastorales inflare calamos, tuum sacris tibiis carmen incinere.* Cassiod. var. VI, 5: *nam si oratoris est proprium graviter et ornate dicere, ut possit animos iudicum commovere, quanto facundior debet esse, qui ore principis populos noscitur admonere?* In einer kaiserlichen Kanzlei dienen heisst *palatinae eloquentiae militare.* Symm. ep. IV, 35. Ähnliche Stellen lassen sich häufen.

Das erste Fragment zeigt das Consulat von 313; das zweite ist an einen Beamten gerichtet, der auch am 16. Februar und 3. August 313 nachweisbar ist, und dessen Nachfolger schon am 30. December desselben Jahres genannt wird, so dass seine Amtszeit eine ganz genau begrenzte ist. Die Tagdaten beider Gesetze berühren sich so nah, dass auch dies auf einen Zusammenhang hinweist; die Consulate endlich sind beides Kaiserconsulate und können folglich als identisch gelten. Schwieriger steht es mit dem dritten Fragment, von dem der Adressat unbekannt und die Subscription nicht mit den beiden andern auszugleichen ist; doch gerade bei diesem lässt es sich durch den Inhalt erweisen, dass es nicht das jüngste sein kann. XVI, 2, 1 sagt Constantine, er habe vernommen, dass die Häretiker aus Missgunst die orthodoxen Priester zu den municipalen Munera heranzögen, und nehme daraus Anlass zu diesem Gesetz. XVI, 2, 7 wird verfügt, dass die Cleriker, welche durch die Häretiker zur Uebernahme der Decurionatslasten gezwungen worden seien, wieder freigelassen werden sollen. Also nicht nur der Inhalt, sondern auch der Anlass des Gesetzes ist in beiden Fällen der gleiche. Unter den Ketzern, welche hier erwähnt werden, sind, wie schon Gothofredus erkannt hat, ohne allen Zweifel die Donatisten zu verstehen, und diese hatten gerade in Numidien ihre Hauptmacht concentrirt¹⁾. Wenn sie sich also Uebergriffe gegen die Katholiken erlaubten, so muss es in dieser Provinz zuerst und am wirkungsvollsten geschehen sein. Da mithin der Consularis Numidia derjenige war, welchen dieses Gesetz vor allen andern Beamten des Römerreiches anging, so ist es ganz undenkbar, dass es ihm erst 17 Jahre nach seinem ersten Erlass zugeschickt worden sei. Auch eine spätere Erneuerung desselben ist deshalb ausgeschlossen, weil die Gelegenheit dazu fehlte; denn seit Ende 316 waren die Donatisten die verfolgte Kirche und besaßen nicht mehr die Macht, ihren Gegnern Rechtsnachtheile zuzufügen. Die Subscription ist also zwar insofern richtig, als Constantine im Februar 330 wirklich in Serdica gewesen zu sein scheint, doch ist sie fälschlich diesem Gesetze angehängt. Das echte Datum desselben wird mit dem

¹⁾ Zeitschr. für Kirchengesch. X, S. 533.

von XVI 2, 1 identisch oder gar noch einige Tage früher gewesen sein.

Alle die andern sehr zahlreichen Fälle ähnlicher Art ebenso ausführlich zu besprechen, fehlt uns hier der Raum. Auch wird das Gesagte es ausreichend rechtfertigen, dass wir gleichen Inhalt der Gesetze immer als ein Zeichen der Gleichzeitigkeit betrachtet haben, das zwar für sich allein noch nicht entscheidend ist, aber in Verbindung mit andern Gründen, wie sie Adressat, Ort oder Tagdatum gewähren können, doch sehr wesentlich ins Gewicht fällt.

Dies mag zur Einleitung der folgenden Tabelle genügen. Diese selbst habe ich so eingerichtet, dass ich bei jedem Gesetz in den Anmerkungen alle chronologischen Indicien, welche dasselbe enthält, in möglichster Kürze aufgezählt habe. Ich hielt das nicht nur bei denjenigen Gesetzen für nothwendig, deren Datirung ich durch Conjectur hatte ändern müssen, sondern auch bei den richtig überlieferten. Denn da von den Subscriptionen sich mindestens die Hälfte als unzuverlässig erwiesen hatte, so musste jede Datirung, die ausschliesslich auf der Subscription beruhte, zweifelhaft sein und bedurfte daher noch anderweitiger Stützen. Zwischen die Gesetze sind auch diejenigen historischen Ereignisse aus Constantins Zeit eingereiht, welche sich auf ein bestimmtes Tagdatum fixiren oder doch zwischen zwei gegebene Daten einschliessen lassen. Diejenigen Daten, welche mit der Person des Kaisers in keinem directen Zusammenhange stehen, sind in Klammern eingeschlossen; ebenso die Tage der Proposita und Accepta. Die letzteren sind am Rande gar nicht vermerkt, wo das Datum des Gesetzes entweder überliefert war oder sich durch andere gleichzeitige Erlasse annähernd bestimmen liess. Wo die Consulate der Subscriptionen in derjenigen Form überliefert waren, welche die Jahresüberschrift angibt, sind sie weggelassen worden; wo sie irgend welche Singularitäten zeigten, habe ich sie so aufgenommen, wie sie die Handschriften bieten, doch sind dabei unbedeutende und leicht zu bessernde Corruptelen unberücksichtigt geblieben. Waren die Consulate falsch, so habe ich diejenige Form der Datirung in den Text gesetzt, welche, wenn sie in den Quellen des Codex angewandt war, am leichtesten die Verderbniss er-

klären würde; doch sind in den Anmerkungen alle wesentlichen Abweichungen des Ueberlieferten sorgfältig angegeben. In den Ueberschriften habe ich den Kaisernamen weggelassen, wo er in der üblichen Form: *imp. Constantinus A.* oder *Idem A.* auftrat, zeigte er dagegen irgend eine ungewöhnliche Formulierung, so ist dies bemerkt worden. Soweit sich die Titel der Adressaten feststellen liessen, habe ich sie ergänzt, ohne dass damit gesagt sein soll, dass sie in den Quellen des Codex in gleich vollständiger Weise enthalten waren.

312 Constantino A. II et Licinio II cons.

- 29 Oct. Romae Einzug Constantins in Rom. S. 182.
Der Senat ernennt ihn zum ältesten Augustus, wodurch er das Recht der Gesetzgebung erhält. S. 179.
- 1 Dec. Romae Ad populum. — dat. et pp. in Foro Traiani, kal. Dec. Constantino A. et C. cons. X 10, 2.
Constantino A. V et Licinio C. cons. (319) vgl. S. 34. — Wird schon 18 Jan. 313 (X 10, 1) aufgeführt. Wenn Eumen. paneg. IX 4 im Herbst 313 so von diesem Gesetze spricht, als wenn es schon vor der Schlacht an der Milvischen Brücke gegeben wäre, so beruht dies entweder auf Unkenntniss oder auf naheliegenden rhetorischen Gründen. S. 179.

313 Constantino A. III et Licinio III cons.

- 6 Jan. Romae { Antiocho praefecto vigilum. — dat. VIII id. Jan. Romae Constantino A. et C. cons. XV 14, 3.
Jan.] *Jul. — Constantino A. VII et Constantio C. cons.* (326). — Ders. Adress. 30 Dec. 313, 1 Nov. 319.
- 13 Jan. { Ad senatum. — dat. id. Jan. Constantino A. et C. cons. XV 14, 4.
Jul. Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326) vgl. S. 34. — Beide Fragmente heben Verfügungen eines gestürzten Tyrannen auf, sind also zu verbinden. Da das eine an einen stadtrömischen Magistrat gerichtet ist, das andere sich auf stadtrömische Corporationen bezieht, so muss jener Tyrann über Rom geherrscht haben. Es kann also nicht Licinius sein und an Magnentius zu denken, verbietet der Adressat (vgl. 30 Dec. 313). Folglich bleibt nur Maxentius übrig, wodurch das Jahr gegeben ist. Der Monat musste geändert werden erstens wegen des Ortes, zweitens weil die ungesetzlichen Verfügungen des Maxentius nicht erst 8 Monate nach seinem Sturze (28 Oct. 312) aufgehoben sein können. Vgl. S. 40.
- 18 Jan. Romae Ad populum. — dat. et pp. XV kal. Febr. Romae X 10, 1 + XIII 10, 1.
dat. et fehlt. — *Romae* fehlt X 10, 1. — Dass Constantin während seiner eiligen Reise nach Mailand Zeit

- 313 gefunden habe, Gesetze ausarbeiten zu lassen und nach Rom zu senden, ist sehr unwahrscheinlich; was im Jan. 313 in Rom publicirt ist, wird also auch dort gegeben sein. — X 10, 1 citirt X 10, 2 (1 Dec. 312).
- 2 Febr. Mediolanii Ad Flavianum Africae. — dat. III non. Febr. Mediolano, acc. VIII id. Jul. Constantino A. et C. cons. XV, 1, 1.
Flavianum pu. Africae vgl. S. 43. Welcher Titel zu ergänzen ist, bleibt unbestimmt; jedenfalls weder Proconsul, noch Vicarius, noch Rationalis, noch Procurator rei privatae, da die Namen all dieser Beamten durch Euseb. h. eccl. X 6 für dieses Jahr bekannt sind. Vielleicht *praefectus annonae*. — Ueber das Consulat s. S. 34. — Dies Gesetz wird interpretirt durch C. J. VIII 10, 6 (30 Mai 321).
- 5 Febr. Ad Ursum *rationalem Africae*. — dat. non. Febr. Constantino A. et Licinio cons. C. J. III 26, 5.
 Titel fehlt. — A. IV (315). Vgl. S. 32. — Dass das Gesetz an einen Finanzbeamten gerichtet ist, zeigt der Inhalt. Ursus ist für 313 durch Euseb. h. eccl. X 6 als Rationalis Africae beglaubigt, wodurch auch das Jahr sichergestellt ist; denn am 6 März 314 war er schon zum Vicar befördert. — Könnte Ausführungsbestimmung zu XIII 10, 1 vom 18 Jan. sein.
- 16 Febr. Sirmione Ad Octavianum *correctorem Lucaniae et Brittiorum*. — dat. XIV kal. Mart. Sirmione, accepta VII id. Apr. Regio, Constantino A. et C. cons. VII 22, 1.
Optavianum. — Titel fehlt. — *Sirmio*. — Constantino A. V. et Licinio C. cons. (319). — Das Amt des Adress. ist durch den Ort des Acceptum (s. S. 13) und die Gesetze vom 3 Aug. u. 21 Oct. gegeben. Es muss vor dem 4 Dec. 316 bekleidet sein, da er damals schon zum Comes Hispaniarum avancirt war. Mithin lässt sich das Consulat nur auf 313 oder 315 deuten (vgl. S. 34), und letzteres Jahr ist hier und bei dem Gesetz vom 3 Aug. durch den Ort das Datum ausgeschlossen. Am 30 Dec. 313 hatte Octavianus schon einen Nachfolger erhalten. — In Sirmium kann Constantin damals nicht gewesen sein, doch mag er seiner Schwester und dem ihr neuvermählten Licinius, als sie aus Mailand in den Orient zogen, bis nach Sirmio am Gardasee das Geleite gegeben haben. Da Licinius schon am 30 Apr. den Maximinus in Thrakien schlug, so muss seine Abreise aus Italien etwa in diese Zeit fallen (S. 182). — Verschärfung dieses Gesetzes VII 22, 2 (30 Juli 318).
- 10 März Mediolanii Ad Aemilium v. p. *rationalem*. — dat. VI id. Mart. Mediolano, Constantino A. III et Licinio cons. X 8, 1.
 Feldzug gegen die Franken. S. 183.
- (15 Apr.) Relation des Anulinus, Proconsul Africae, über die Klage der Donatisten. August. epist. 88, 2 = Act. Coll. Carth. III 220.
- (30 Apr.) Schlacht bei Tzirallum. S. 183.

- 313
(13 Juni) Licinius in Nicomedia; das sogenannte Edict von Mailand wird dort publicirt. Lact. de mort. pers. 48.
- 1 Juli Agrippinae Ad Antonium Marcellinum praesidem provinciae Lugdunensis primae — dat. kal. Jul. Agrippinae, Constantino *A. et C.* cons. XI 3, 1.
Constantino A. V et Licinio C. cons. (319): vgl. S. 34. — Das Jahr durch den Ort bestimmt. — Verschärfung dieses Gesetzes Vat. 35 (29 Aug. 315).
- 26 Juli Agrippinae Ad concilium Byzacenorum — dat. VII kal. Aug. Coloniae Agrippinae *sine cons.* II 19, 3 + IV 10, 1.
VI kal. IV 10, 1. — *Pacatiano et Hilariano cons. (332)* vgl. S. 22.
- 3 Aug. Trevisis Rufino Octaviano correctori Lucaniae et Brittiorum. — dat III non. Aug. Trevisis, Constantino *A. et Licinio cons.* I 16, 1.
A. IV (315); vgl. 16 Febr. u. S. 32.
- 1 Oct. Aeliano proconsuli Africae — dat. kal. Oct. Constantino *A. et C. cons.* I 12, 3.
Constantino A. et Constantancio consul. Nach der Reihenfolge der Constitutionen kann damit 320, 326 oder 329 gemeint sein. Vgl. S. 34. — Ders. Adr. 8 Nov. 313, 15 u. 25 Febr. 315; sein Vorgänger Anulinus zuletzt 15 Apr. 313, sein Nachfolger Probianus zuerst 25 Aug. 315. — Dies Gesetz vorausgesetzt I 12, 1 (8 Nov. 313).
- (2 Oct.) Eröffnung der Synode von Rom. August. ad Donat. post coll. 33, 56; Opt. I 23.
- 21 Oct. Octaviano correctori Lucaniae et Brittiorum — dat. XII kal. Nov. Constantino *A. et C. cons.* XVI 2, 2.
Constantino A. V et Licinio C. cons. (319) vgl. 16 Febr. u. S. 34. — Einschärfung eines Gesetzes, dessen Uebersetzung bei Euseb. h. eccl. X 7 erhalten ist und das vor dem 15 Apr. 313 in die Hände seines Adressaten gelangt war (Aug. epist. 88, 2 = Act. Coll. Carth. III 220).
- 31 Oct. Dat. prid. kal. Nov. Constantino *A. III et Licinio III C. cons.* XVI 2, 1.
Eine andere Ausfertigung desselben Gesetzes, vgl. S. 204. Valentino consulari Numidia — *sine die et cons.* XVI 2, 7.
Dat. non. Febr. Serdica Gallicano et Symmacho cons. (330). Identisch mit den beiden vorhergehenden Fragmenten; vgl. S. 204.
- 29 Oct. Trevisis Palatinis bene meritis suis salutem. — dat. IV kal. Nov. Trevisis, *acc.* Volusiano et Aniano cons. (314) VI 35, 1.
Trevisis Volusiano ohne Lücke. Das Jahr durch den Ort bestimmt; vgl. S. 39. — Wird interpretirt VI 35, 3 u. 5 (27 Apr. 319); vgl. VI 35, 4 (15 März 321).

3 Nov. Treviris

8 Nov. Treviris

30 Dec. Treviris

Ad Catullinum *consularem Byzacenae* — dat. III non. Nov. Treviris, acc. XV kal. Mai. Hadrumeto, Volusiano et Anniano cons. (314) IX 40, 1 + XI 30, 2 + 36, 1.

Der Titel fehlt, doch ergibt sich das Amt aus Inhalt und Ort des Acceptum. — Aconius Catullinus (CIL. VI 1780) war zuerst Präses Gallaciae (CIL. II 2635), dann Consularis Byzacenae. Als Proconsul Africae ist er 17 Apr. 317 — 12 Dec. 318 nachweisbar, Praefectus Urbis war er 6 Juli 342 — 11 Apr. 344, Consul 349. — XI 30, 2 ist wiederholt XI 30, 4 (30 Dec. 313), wird citirt XI 36, 3 (25 Febr. 315).

Ad concilium provinciae Africae — pp. IV kal. Aug. Karthagine *p. c. Constantini A. et C.* (314) XI 30, 15.

Constantino A. VIII et Constantio Caes. IV cons. (329). Der Inhalt ist identisch mit XI 30, 2, wonach die Zeit bestimmt ist; vgl. S. 34, 37 u. 206. Der späte Tag des Propositum mag vielleicht durch die Zeit, in welcher sich das Concilium der Provinz versammelte, bedingt sein.

Ad Aelianum proconsulem Africae — dat. VI id. Nov. Treviris, acc. XV kal. Mart. Karthagine *p. c. Constantini A. et C.* (314) I 12, 1 + VIII 10, 1 + IX 34, 2 + X 15, 1 + XI 1, 2 + 7, 1.

Ad Aelianum fehlt VIII 10, 1. — Datum fehlt IX 34, 2. Acceptum nur erhalten VIII 10, 1; IX 34, 2. — VI id.] VIII 10, 1; X 15, 1. III kal. I 12, 1. kal. XI 1, 2; 7, 1. — acc.] VIII 10, 1. pp. IX 34, 2. — XV kal.] VIII 10, 1. V kal. IX 34, 2. — *Constantino A. VI et Constantio C. cons.* (320) IX 34, 2. *Constantino A. IV et Licinio IV cons.* (315) VIII 10, 1; X 15, 1; XI 1, 2; 7, 1. *Constantino A. A. XIII et Licinio IV consul.* I 12, 1; vgl. S. 34 u. 37. Das Jahr nach Ort und Adressaten (s. 1 Oct.) bestimmt. — I 12, 1 setzt I 12, 3 (1 Oct. 313) voraus: IX 34, 2 wird verschärft IX 34, 1 (29 März 319).

Ad Claudium Plotianum correctorem Lucaniae et Brittiorum — dat. III kal. Jan. Treviris, acc. VIII id. Febr. Regio *p. c. Constantini A. III et Licinii III* (314) XI 29, 1 + 30, 1.

III kal.] XI 30, 1. VI kal. XI 29, 1. — Acceptum fehlt XI 30, 1 — *Constantino A. III et Licinio III cons.* (313) vgl. S. 38. — Das Jahr durch den Ort bestimmt. — Der Vorgänger des Adressaten zuletzt 21 Oct., sein Nachfolger zuerst 30 Jan. 316. — XI 30, 1 wird citirt XI 30, 6 (13. Aug. 316) u. XI 30, 8 (18 März 318).

Julio Antiocho praefecto vigilum — dat. III kal. Jan. Treviris, acc. *Romae* Volusiano et Anniano cons. (314) I 2, 1.

Treviris Volusiano ohne Lücke. — Das Jahr nach dem Ort bestimmt. Vgl. S. 39. — Ders. Adress. 6 Jan.

Amabiliano praefecto annonae — dat. III kal. Jan. Treviris, *Constantino A. et C. cons.* XI 30, 4 + XIII 5, 2 + 3.

- 30 Dec. Treviris *annonae Africae* XI, 30, 4. Da das Gesetz sich auf stadtrömische Dinge bezieht, muss der Zusatz falsch sein. Das Auge des Schreihers ist auf die vorhergehende Ueberschrift *ad Probianum proconsulem Africae* abgeirrt und hat deren Schlusswort auch hier wiederholt. — *dat.*] XIII 5, 2. *pp.* XI 30, 4; XIII 5, 3. — *III kal. Jan.*] XI 30, 4. *V kal. Jun.* XIII 5, 3. *kal. Jun.* XIII 5, 2. — *Treviris*] XIII 5, 2; fehlt XI 30, 4. *Constantinopoli* XIII 5, 3 wohl aus Dittographie von *Constantino* entstanden. — *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319) XIII 5, 3. *Constantino A. IV et Licinio IV cons.* (315) XI 30, 4; XIII 5, 2. — Das Jahr durch den Ort bestimmt; vgl. S. 34. — XI 30, 4 wiederholt XI 30, 2 (3 Nov.).
- Ad decretum naviculariorum — *sine die et cons.* XIII 6, 1.
- dat.* *V kal. Nov.* *Constantino A. VII et Constantio C. cons.* (326). Vgl. S. 20. Hängt zusammen mit XIII 5, 3, wonach die Zeit bestimmt ist (s. S. 206). Zu dem Decret der Schiffergilde, worauf dies Gesetz antwortet, haben wahrscheinlich die Schwierigkeiten Anlass gegeben, mit welchen die Ausführung von XV 14, 4 (13 Jan.) verbunden war.
- 314 Volusiano et Anniano cons.
- (11 Jan.) Tod des Miltiades, Bischofs von Rom, Chronogr. v. 354.
- 22 Jan. Treviris Ad Maternum — *dat. et pp.* XI kal. Febr. Treviris C. J. VII 32, 10.
- dat. et* fehlt.
- (30 Jan.) Lucio Verino suo salutem — *pp.* III kal. Febr. XII 11, 1.
- Lucius Verinus als Vicarius Africae nachweisbar 16 Nov. 318 — 20 Mai 321; Praefectus Urbis 13 Sept. 323 — 4 Jan. 325. Scheint unter Constantius ein militärisches Amt im Orient bekleidet zu haben (Symmach. epist. I 2, 7). 314 dürfte er Rector provinciae gewesen sein, wozu der Inhalt des Gesetzes passt.
- (31 Jan.) Silvester wird zum Bischof von Rom ordinirt, Chronogr. v. 354.
- Ad Ursum vicarium. — *dat.* II non. Mart. II 7, 1. Ueber Ursus s. 5 Febr. 313.
- Dat.* prid. non. Mart. Treviris *sine cons.* XII 9, 1.
- 6 März Treviris *Paulino et Juliano cons.* (325). Das Jahr ist nach dem Ort bestimmt (vgl. S. 22). Der Adressat fehlt, doch da das Gesetz Uebergriffen der Rectores provinciarum entgegentritt, deren Vorgesetzter der Vicarius war, so würde der Inhalt zur Competenz des Ursus passen. Deshalb und wegen des gleichen Tagdatums sind die Fragmente vielleicht zu verbinden.
- 19 März Ad Volusianum *pu.* — *dat.* XIV kal. Apr. *pp.* VIII kal. Mai. Romae V 6, 1 + XIII 5, 1 + C. J. XII 1, 2.
- pu.* fehlt Theod. *pp.* Just. — Datum fehlt V 6, 1, Propositum fehlt XIII 5, 1, die ganze Unterschrift Just. —

- Der Adressat war Stadtpräfect 8 Dec. 313 — 20 Aug. 315; vgl. über ihn Seeck, Symmachus S. CLXXVI. — V 6, 1 erwähnt der kürzlich beseitigten Tyrannis des Maxentius.
- 26 März Treviris (1 Apr.) Dat. VII kal. Apr. Treviris III 30, 1.
Imp. Constantinus A. et Licinius C. ad Probum — pp. kal. Apr. IV 11, 1 + C. J. VI 1, 3.
et Licinius C. fehlt Theod. — *sine die et cons.* Just. — Ein Probus war Consul 310.
- 29 Apr. Exemplum sacrarum litterarum Constantini et Licinii AA. ad Dionysium vice praefectorum agentem — dat. III kal. Mai. C. J. III 1, 8 + VII 22, 3.
Impp. Constantinus et Licinius AA. ad Dionysium III 1, 8 — *III kal.] VII 22, 3 p. id.* III 1, 8. — Ein Dionysius wird auch genannt 21 Oct. 328; 14 März 329.
- 8 Oct. Cibalis
Sirmii
Philippopoli
Iarbis Sieg bei Cibalae über Licinius. S. 183.
Zweite Schlacht zwischen Licinius und Constantiu. S. 184.
Friedensschluss der beiden Kaiser. S. 183.
- 315 Constantino A. IV et Licinio IV cons.
- (22 Jan.) Ad Constantium — acc. XI kal. Febr. Caralis VIII 5, 1.
Der Adressat ist wahrscheinlich derselbe Constantius, welcher 16 Dec. 324 — 11 Juni 327 als Praefectus Praetorio nachweisbar ist und 327 Consul war; nicht zu verwechseln mit Julius Constantius, dem Bruder des Kaisers, Consul 335 (s. De Rossi, Inscr. christ. urb. Rom I S. 40). Im J. 314 hatte er vor dem Kriege im Namen Constantins mit Licinius verhandelt (Anon. Vales. 5, 14), kann also sehr wohl auch 315 irgend ein höheres Amt, vielleicht das Vicariat, bekleidet haben. Ders. Adress. 28 Apr. Das Gesetz ist von sehr ähnlicher Tendenz, wie das vom 2. Juni.
- (15 Febr.) Aelianus Proconsul Africae führt die Untersuchung gegen Felix, Bischof von Aptunga. Zeitschr. f. Kirchengesch. X S. 516.
- (25 Febr.) Ad Volusianum pu. — pp. V kal. Mart. Romae XI 36, 2.
Ders. Adress. 19 März 314. — Verschärfung von XI 30, 2 (3 Nov. 313).
- Ad Aelianum proconsulem Africae — pp. VI kal. Mai. Karthagine, Constantino A. et C. cons. XI 36, 3
Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326). — Ders. Adressat 1 Oct. 313. — Das Gesetz identisch mit dem vorhergehenden und jedenfalls zugleich erlassen; s. S. 34 u. 202.

315

- 8 März Thessalonicae Ad Versennium Fortunatum consularem aquarum — dat. VIII id. Mart. Thessalonicae VIII, 7, 1.
Scheint vorausgesetzt zu werden VIII 1, 2 (1 Juli 331).
- (13 März) Ad concilium provinciae Africae — pp. III id. Mart. Hadrumeto C. J. II 12, 21.
In demselben Sinne I 22, 1 (11 Jan. 316).
- 30 März Ad rationales — dat. III kal. Apr. X 18, 1.
Von ähnlicher Tendenz X 11, 1 (15 März 317).
- 28 April Ad Constantium — dat. IV kal. Mai. VIII 4, 1.
Ad Constantium pp. Vor dem 1 Dec. 318 ist sonst kein gut beglaubigtes Gesetz an einen Präf. Prät. gerichtet (S. 199), weshalb der Titel gewiss auch hier falsch ist; vgl. S. 43. — Ders. Adress. 22 Jan. — Das Gesetz erwähnt eines kürzlich gestürzten Tyrannen. — Wird vorausgesetzt XII 1, 13 (17 Oct. 325).
- (10 Mai) Edicto suo ad Afros — pp. VI id. Mai. Karthagine VIII 4, 2.
- 13 Mai Naissi Dat. III id. Mai. Naisso XI 27, 1.
Die Subscription gehört nicht zu dem Gesetz, bei welchem sie steht; s. 17 Apr. 331 u. S. 25.
- 2 Juni Sirmii Ad universos provinciales — dat. IV non. Jun. Sirmio II, 30, 1.
Aehnlicher Tendenz VIII 5, 1 (22 Jan. 315).
- (15 Juni) Cupito — pp. XVII kal. Jul. Treviris C. J. XI 62, 1.
- (Consulibus, praetoribus, tribunis plebis, senatui salutem dicit. — dat. XV kal. Jul. Aquileia, recitata apud Vettium Rufinum pu. in senatu non. Sept. Constantino A. et C. cons. VIII 18, 1.
Jul.] Aug. — Constantino A. V et Licinio C. cons. (319)
Vgl. S. 34. — Vettius Rufinus war Stadtpräf. 20 Aug. 315 — 4 Aug. 316. Consul 323 CIL. X 407, 5061. — Dies Gesetz abgeändert VIII 18, 3 (30 März 334).
- Julio Severo praesidi Tarraconensis — sine die et consule VIII 18, 2.
Titel fehlt; vgl. 6 Mai 316. — dat. VII id. Sept. Mediolano, acc. non. Oct. Constantino A. V et Licinio C. cons. (319).
Unter Constantin sind mindestens drei Severi im Amt gewesen: 1) Acilius Severus praef. urb. 4 Jan. 325 — 13 Nov. 326. 2) Severus rationalis Africae 3 Aug. 326, wahrscheinlich identisch mit dem Comes Hispaniarum 4 Mai 333 — 30 März 334. 3) Julius Severus praes. Tarraconensis 6 Mai 316, vicarius Italiae 22 Juni 318 — 15. März 321; vielleicht derselbe cons. 323, praef. praet. 18 Dec. 322 — 8 März 324. Die Subscription dieses Gesetzes passt wohl zur Zeit seines Vicariats, ist aber sonst mit diesem Amt unvereinbar. Denn da der Vicar von Italien in Mailand residierte und während der Zeit, wo der Kaiser dieser Stadt einen kurzen Besuch machte, gewiss nicht auf Reisen gegangen ist, so kann ein am 7 Sept. in Mailand vollzogenes Gesetz nicht erst am 7 Oct. in seine Hand gelangt sein. Da
- 17 Juni Aquileiae

- es dem Inhalte nach mit VIII 18, 1 identisch ist und die Zeit zu dem Präsidentat des Julius Severus passt, habe ich beide Gesetze vereinigt; vgl. S. 20 u. 206.
- 18 Juli Romae Einzug Constantins in Rom. S. 185.
- 25 Juli Romae Feier der Decennalien. S. 185.
- 1 Aug. Ad Domitium Celsum vicarium Africae — dat. kal. Aug. IX 18, 1.
Ders. Adr. 11 Jan. 316; sein Vorgänger Verus zuletzt 15 Febr. 315 (Zeitschr. f. Kirchengesch. X S. 519), sein Nachfolger Eumelius zuerst 21 März 316. Vgl. über ihn Zeitschr. f. Kirchengesch. X S. 551; 556. — Die Verurtheilung zum Gladiatorenkampf, welche 1 Oct. 325 (XV 12, 1) aufgehoben ist, wird hier noch geboten.
- 13 Aug. Romae Rutiliae Primae — dat. et pp. id. Aug. Romae Constantino et Licinio Augg. IIII cons. Vat. 33.
dat. et fehlt. — Der Process, in welchem dies Rescript ergangen ist, hat vielleicht zu dem vorhergehenden Gesetz den Anlass gegeben.
- 13 Aug. Romae Aureliae Sabinae sive Gaudiosae — dat. id. Aug. Romae Constantino et Licinio Augg. cons. Vat. 274.
Das Jahr ist durch den Ort bestimmt. Vgl. S. 31.
- 25 Aug. Romae Ad Probianum proconsulem Africae — dat. VIII kal. Sept. Romae XI 30, 3.
Ders. Adress. 13 Aug. 316; sein Vorgänger Aelianus zuletzt 25 Febr. 315, sein Nachfolger Catullinus zuerst 17 Apr. 317. Vgl. über ihn Seeck, Symmachus S. XCIV.
- (29 Aug.) Dat. IIII kal. Sept. a praefectis ad correctorem Piceni Aquileia, accepta XIII kal. Oct. Albae, Constantino Aug. IIII cons. Vat. 35.
Aug. III cons. (313). Wenn dieses Gesetz im J. 313 gegeben wäre, so müsste es gleichzeitig oder gar früher sein als XI 3, 1 (1 Juli 313), dessen Bestimmungen es erheblich verschärft. Dass die Praefecten in Aquileia sind, passt gut zum J. 315; denn kurz vorher war Constantin dort durchgekommen, und da er aus Rom wieder in den Norden zu gehen beabsichtigte, mag ein Theil seines Gefolges in Oberitalien geblieben sein, um ihn dort zu erwarten. — Dies Gesetz wörtlich gleichlautend wiederholt 4 Febr. 337 (III 1, 2).
- 29 Aug. Romae Ad populum — dat. et pp. IV kal. Sept. Romae, Constantino Aug. IV et Licinio IV Caes. cons. I 2, 2.
dat. et fehlt. — Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz 3 Dec. (I, 2, 3).
- 13 Sept. Romae Imp. Constantinus A. et C. ad populum — dat. id. Sept. Roma X 1, 1.
Dies Gesetz eingeschränkt X 1, 4 (19 Mai 320).
- 27 Sept. Romae Auszug Constantins aus Rom. S. 186.

315

1 Oct.

Ad Bassum. — { dat. kal. Oct. Constantino A. IIII
et Licinio cons. C. J. I 22, 3.
pp. prid. non. Oct. Romae, Con-
stantino A. et C. cons. VIII
12, 4 + IX 10, 3 + C. J. VII 19, 7.

Ad Bassum pu. Theod. Vgl. S. 43. — Unterschrift fehlt C. J. VII 19, 7. — *pp. prid. non.*] IX 10, 3. *dat. non.* VIII 12, 4. — *Romae* fehlt VIII 12, 4. — *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319) Theod. Vgl. S. 34. — Die Strafbestimmung von IX 10, 3 wird schon am 17 Apr. 317 (IX 10, 1) mit ausdrücklicher Berufung auf dieses Gesetz verschärft; VIII 12, 4 wird erwähnt Vat. 249 (3 Febr. 316) als kürzlich gegeben (*hinc nuper exceptis personis dicta lex est* etc.). Auch dass als einzige Formalitäten, welche die Schenkung erfordert, Mancipatio und Traditio genannt werden, noch nicht die am 3. Febr. 316 eingeführte Beglaubigung bei den Acta, zeigt das höhere Alter dieses Gesetzes. — Unter Constantin lassen sich mindestens drei hohe Beamte, die Bassus heissen, nachweisen: 1) Junius Bassus cos. 317 (De Rossi, Bullet. di archeol. christ. 1871 S. 43). 2) Annius Bassus cos. 331 (Larsow, Festbriefe des Athanasius S. 27 u. 70). 3) Septimius Bassus praef. urb. 15 Mai 317 — 1 Sept. 319. Der Adressat ist nach I 2, 3 (3 Dec. 315) mit dem dritten identisch und dürfte wohl zur Zeit dieses Gesetzes nach Ort des Propositum und Inhalt desselben Vicarius Urbis gewesen sein. Ausserdem findet sich 24 Sept. 317 und 4 Apr. 318 ein Vicarius Italiae dieses Namens, endlich drei Praefecti Praetorio 18 Aug. 320 — 20 Mai 321, 8 März — 25. Sept. 326 und 22 Febr. 330 — 20 Oct. 331. Von diesen wird man den dritten wegen seines gleichzeitigen Consulats wohl mit Annius Bassus identificiren dürfen; wie das italische Vicariat und die beiden übrigen Praefecturen über die drei Träger des Namens zu vertheilen sind, bleibt ungewiss.

19 Oct. Mediolanii

Dat. XIII kal. Nov. Mediolano, Constantino et Licinio cons. Vat. 273.

Der Text erwähnt des Stadtpraefecten Vettius Rufinus, wodurch das Jahr feststeht; vgl. 17 Juni. Vielleicht hat der Process, in welchem dieses Rescript erlassen ist, zu dem Gesetz Anlass gegeben, das am 3. Febr. 316 in Rom publicirt wurde.

3 Dec.

Idem AA. Septimio Basso. — dat. III non. Dec. acc.
..... Sabino et Rufino cons. (316) I 2, 3.

Basso pu. Vgl. S. 43. — *Dec. Sabino* ohne Lücke. — Ausführungsbestimmung zu dem Edict vom 29. Aug., die ihrem Inhalte nach diesem sehr bald nachgefolgt sein muss. Vgl. S. 39. — Ders. Adress. 1 Oct. Er scheint vor d. 3 Febr. 316 schon einen Nachfolger im Amt erhalten zu haben.

Licinius

1 Juni

Idem AA. ad Eusebium v. p. praesidem Lyciae et Pamphylicae — dat. kal. Jun. Constantino et Licinio AA. cons. XIII 10, 2.

Constantino A. III et Licinio III cons. (313). Am 13. Juni 313 war Licinius erst kürzlich in Nicomedia eingezogen; er kann also zwölf Tage früher noch keine Bestimmungen

über Lycien und Pamphylien erlassen haben, das noch gar nicht in seiner Gewalt war. Das Gesetz dem Maximinus Daza zuzuschreiben, verbietet sich erst recht durch die Zeitverhältnisse. Andererseits kann es nicht später als 316 sein, da es des Diocletian, welcher in diesem Jahre starb, noch als lebend erwähnt. Vgl. S. 31 u. 180.

316 Sabino et Rufino conss.

(Anf. Jan.)

Ad Vettium Rufinum pu. — pp. . . . id. Jan. Romae IV 13, 1.

pp. X id. — Ders. Adr. 17 Juni 315. — Das Gesetz erwähnt der Decennalien Constantins (25 Juli 315) als kürzlich gefeiert.

11 Jan. Treviris

Ad Domitium Celsum vicarium *Africae* — dat. III id. Jan. Treviris I 22, 1.

Africae fehlt; vgl. 1 Aug. 315. — Von sehr verwandtem Inhalt C. J. II 12, 21 (13 März 315).

30 Jan.

Maecilio Hilariano correctori Lucaniae et Brittiorum — dat. III kal. Febr. acc. kal. Aug. IX 19, 1 + XII 1, 3.

acc. kal. Aug. fehlt XII 1, 3. — Hilarianus Proconsul Africae 9 Juli 324, Consul 332.

(3 Febr.)

Ad Maximum — pp. III non. Febr. Romae in foro divi Traiani III 30, 2 = VIII 12, 1 = Vat. 249.

Ad Maximum pu. oder pp. Theod. Vgl. S. 43. Die Adresse fehlt Vat., doch steht innerhalb des Gesetzes die Anrede: *Maxime carissime ac iucundissime nobis*. — pp.] Vat. dat. Theod. — in foro divi Traiani fehlt Theod. Traian ist zerstört Vat., ebenso Tagdatum und Consulat. — Der Name Maximus findet sich bei folgenden Beamten: 1) Valerius Maximus Basilius praef. urb. 1 Sept. 319 — 13. Sept. 323. 2) Praefectus Praetorio 21 Jan. 327 — 29 Dec. 328, wahrscheinlich identisch mit dem Consul 327. 3) Praefectus Praetorio 30 Mai 332 — 5 Mai 333. 4) Rationalis Africae 30 Sept. 320. 5) Vicarius Orientis 1 und 7 Oct. 325. 6) Ein Maximus ohne Titel 2 Aug. 337. 7) Der Adressat dieses Gesetzes, welcher nach dem Orte des Propositum vielleicht Nachfolger des Bassus (s. 1 Oct. 315) im Vicariatus Urbis war. 1, 3, 6 u. 7 können möglicher Weise dieselbe Person sein, ebenso 2, 3, 4, 5 und 6 oder auch 2, 3, 6 u. 7. — Vat. 249 erwähnt VIII 12, 4 (1 Oct. 315) als kürzlich gegeben und wird selbst citirt VIII 12, 3 (1 Mai 317); beschränkende Interpretation III 5, 3 (28. Apr. 317).

21 März Cabilluno

Eumelio vicario *Africae* — dat. XII kal. Apr. Cabilluno, p. c. Constantini A. IV et Licinii IV IX 40, 2.

vicario *Africae* fehlt. — Constantino A. IV et Licinio IV conss. (315) vgl. S. 37. Das Jahr ist durch den Ort bestimmt. Der Adressat ist als Vicarius Africae auch am 10. Nov. nachweisbar; sein Vorgänger zuletzt 11 Jan. 316, sein Nachfolger zuerst 16 Nov. 318. — Das Gesetz erwähnt des Gladiatorenkampfes als Strafe, welche 1 Oct. 325 (XV 12, 1) aufgehoben ist.

- 316**
 6 Mai Viennae Julio Severo praesidi Tarraconensis — dat. prid. non. Mai. Viennae II 6, 1.
Vero. — Ders. Adress. 17 Juni 315. — An dies Gesetz angeknüpft II 6, 2 (24 Oct. 318) u. XI 35, 1 (20 Mai 321).
- 14 Mai Ad Titianum — dat. prid. id. Mai. VIII 5, 2.
 Falls der Adressat derselbe ist, an welchen das undatirte Rescript C. J. VII 16, 41 mit der Ueberschrift: *Impp. Constantinus et Licinius AA. ad Titianum praesidem Cappadociae* gerichtet ist, müsste dies Gesetz von Licinius sein. Doch da dessen Verfügungen im Cod. Theod. so äusserst selten und der Name Titianus ziemlich gemein ist, so habe ich Bedenken getragen, es dem Constantin abzusprechen. Vgl. S. 181.
- 1 Aug. Arelate Eröffnung des Concils durch den Kaiser. Zeitschr. f. Kirchengesch. X, S. 509.
- 13 Aug. Arelate Petronio Probiano suo salutem. — dat. id. Aug. Arelato, pp. id. Oct. Theveste XI 30, 5 + 6.
 Ders. Adress. 25 Aug. 315. — Citirt XI 30, 1 (30 Dec. 313), wird citirt XI 30, 8 § 1 (18 März 318) u. XI 30, 9 (22 Juni 318); wird interpretirt I 2, 5 (23 Mai 325).
- Romae August. epist. 43, 7, 20.
 Mediolanii Entscheidung des donatistischen Streites. August. I. I.
- 10 Nov. Brief an Eumelius, Vicarius Africae, über die Entscheidung des donatistischen Streites. Zeitschr. f. Kirchengesch. X S. 522.
- (3 Dec.) Tod Diocletians. Idat. fast. 316.
 4 Dec. Serdicae Ad Octavianum comitem Hispaniarum — dat. prid. non. Dec. Serdicae, acc. V non. Mart. Cordubae, Gallicano et Basso cons. (317) IX 1, 1.
 Ders. Adress. 19 Jan. 317; vgl. 16 Febr. 313.
- 317 Gallicano et Basso cons.**
- (19 Jan.) Ad Octavianum comitem Hispaniarum — pp. XIV kal. Febr. XII 1, 4.
 Ders. Adress. 4 Dec. 316; vgl. 16 Febr. 313. — Dasselbe XII 1, 5 von Licinius für den Orient wiederholt (21 Juli 317).
- 28 Jan. Dat. V kal. Febr. IV 11, 2.
 Aufgehoben durch IV 11, 5 (6 Oct. 331).
- 1 März Serdicae Ernennung des Crispus, Constantinus und Licinius zu Cäsares. S. 187.
- 15 März Rationalibus Hispaniarum — dat. id. Mart. X 11, 1.
 Von ähnlicher Tendenz X 18, 1 (30 März 315).
- 17 Apr. Serdicae Aconio Catullino proconsuli Africae — dat. XV kal. Mai. Serdicae, p. c. Sabini et Rufini VIII 12, 2 + IX 10, 1.
Ad Catullinum proconsulem Africae IX 10, 1. — *XII kal. VIII 12, 2. — Sabino et Rufino cons. (316) VIII 12, 2. Gallicano et Basso cons. (317) IX 10, 1; vgl. S. 37. — Ders.*

Adress. 9 Febr., 27 Juli, 27 Aug., 12 Dec. 318; sein Vorgänger zuletzt 13 Aug. 316, sein Nachfolger zuerst 24 Apr. 319; vgl. über ihn 3 Nov. 313. — VIII 12, 2 scheint Vat. 249 (3 Febr. 316) vorzusetzen; IX 10, 1 verschärft IX 10, 3 (1 Oct. 315).

Ad Bassum pu. — pp. VI id. Roma IX 10, 2.

dat. VI id. Mart. Roma. Vgl. S. 38. Aus der Reihenfolge der Constitutionen geht hervor, dass die Compiler einen späteren Monat gelesen haben. — Der Inhalt ist identisch mit IX 10, 1, wodurch die Zeit bestimmt ist. Vgl. S. 206. Nach dem Chronogr. hat Bassus sein Amt zwar erst am 15. Mai angetreten (vgl. 1 Oct. 315), doch konnte das Gesetz an ihn schon einige Wochen vorher erlassen sein, da sein Bestallungsdecret bei der weiten Entfernung des Kaisers beträchtlich früher vollzogen sein musste, als er in Rom davon Gebrauch machen konnte.

28 Apr.

Valeriano agenti vicariam praefecturam — *dat. IV kal. Mai. Gallicano cons. III 5, 3.*

Gallicano et Symmacho cons. (330) vgl. S. 31. — Erörtert einen Fall der Anwendung des Gesetzes vom 3 Febr. 316 (Vat. 249), welcher sehr bald nach dem Erlass desselben praktisch geworden sein muss. Ders. Adress. 27 Juni; ausserdem trägt VI 37, 1, dessen Unterschrift verloren ist, die Adresse: *ad Paternum Valerianum.*

(1 Mai)

Ad Cassium — pp. kal. Mai. Romae p. c. Sabini et Rufini VIII 12, 3.

Ad Cassium pu. Vgl. S. 43. — pp.] *dat. — Sabino et Rufino cons. (316).* — Julius Cassius vertritt 13 Juli — 13 Aug. 318 den Praefectus Urbis während dessen Abwesenheit (Chronogr. 354). Da diese Stellvertretung regelmässig dem Vicarius Urbis zuzufallen pflegte (Chronogr. unter 340, Amm. XVII 11, 5), nach dem Inhalt dieses Gesetzes der Adressat zu den Provinzialmagistraten gehört haben muss und gleichwohl nach dem Orte des Propositum in Rom residierte, so wird er der Nachfolger des Maximus (s. 3 Febr. 316) gewesen sein. Setzen wir dies Gesetz in das Jahr 316, so könnte letzterer kaum vier Monate sein Amt bekleidet haben, was sehr unwahrscheinlich ist. Ausserdem enthält es Ergänzungsbestimmungen zu dem Gesetz vom 3. Febr. 316, die erst erlassen sein konnten, nachdem man mit diesem einige Erfahrungen gesammelt hatte. Endlich steht es durch den Chronogr. fest, dass am 1. Jan. 317 die Consuln in Rom noch unbekannt waren, man also jedenfalls eine Zeitlang mit dem Postconsulat datirt hat. Vgl. S. 37.

27 Juni Thessalonicae

Ad Valerianum vicarium — *dat. V kal. Jul. Thessalonicae C. J. VI 1, 4.*
vicarium fehlt; vgl. 28 Apr.

8 Juli Sirmii

Ad Bassum pu. — *dat. VIII id. Jul. Sirmio XI 30, 7.*

Jun. Da man von Serdica nicht über Sirmium nach Thessalonica reist, so ist die Aenderung durch den Ort geboten. Die überaus schnelle Reise nach Sirmium erklärt sich wohl aus der bevorstehenden Niederkunft der Fausta. — Ders. Adr. 17 Apr.

- 317**
 (21 Juli) Ad populum — *pp.* Romae XII kal. Aug. C. J. IV 21, 15.
pp.] dat. Vgl. S. 38. — Subscription nur durch Halonder überliefert.
- (7 Aug.) Geburt des Constantius in Illyricum. CIL. I S. 379; Jul. orat. I p. 5 D.
- (24 Sept.) Ad Bassum *vicarium Italiae* — *pp.* VIII kal. Oct. Caralis I 16, 2.
 Titel fehlt, doch kann nach Inhalt und Ort des Propositum nicht der Stadtpräfect (s. 17 Apr.), sondern nur der gleichnamige Vicar (s. 4 Apr. 318) gemeint sein (vgl. 1 Oct. 315). Sardinien steht zur Zeit der Not. Dign. zwar unter dem Vicarius Urbis, doch kann die Abgrenzung der Diöcesen unter Constantin anders gewesen sein.
- Licinius**
 21 Juli Ad Bithynos — *dat.* XII kal. Aug. VIII 4, 3 + X 7, 1 + 20, 1 + XII 1, 5.
 XII 1, 5 wiederholt XII 1, 4 (19 Jan.). — Vielleicht ist in der Unterschrift *Gallicano et Symmacho* (330) statt *Gallicano et Basso* (317) zu schreiben und auch dies Gesetz dem Constantin zuzuweisen. Vgl. S. 30 u. 181.
- 318 Licinio V et Crispo C. cons.**
- 4 Febr. Sirmii Ad Symmachum *vicarium*. — *dat.* prid. non. Febr. Sirmio, acc. VIII id. Mart. Corintho, *ipso A. V et C. cons.* II 4, 1.
vicarium fehlt; vgl. 25 Juli 319. — *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319); vgl. S. 29. — Wird schon d. 12. Oct. 318 citirt (III 17, 1).
- 9 Febr. Sirmii Ad Catullinum proconsulem Africae — *dat.* V id. Febr. Sirmi, Licinio V et Crispo cons. C. J. III 11, 4.
 Ders. Adress. 17 Apr. 317.
- 10 Febr. Sirmii Profuturo praefecto annonae — *dat.* III id. Febr. Sirmio, Licinio V et Crispo cons. XI 29, 2 + C. J. III 11, 3.
 III id.] Theod. VII id. Just. — *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319) Theod.; vgl. S. 29. — Ders. Adress. 13 Aug. — C. J. III 11, 3 u. 4 scheinen Fragmente desselben Gesetzes zu sein.
- 18 März Ad Bassum pu. — *dat.* XV kal. Apr. *pp.* IV kal. Apr. Romae, *ipso A. et C. cons.* XI 30, 8 + C. J. VII 57, 7.
 Datum fehlt Theod.; Propositum fehlt Just. — *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319) Theod. *Constantino A. VI et Constantino C. cons.* (320) Just. Da beide Fragmente von Relationen handeln und dieselbe Adresse tragen, sind sie zu verbinden. Nach Adressat (s. 17 Apr. 317) und Consulat (s. S. 29) ist es möglich, dies Gesetz den Jahren 318 oder 319 zuzuweisen; der kurze Zwischenraum von Datum und Propositum führt darauf, dass Constantin damals in Italien war, was für 318 entscheidet. — XI 30, 1

(30 Dec. 313) u. XI 30, 5 + 6 (13 Aug. 316) werden citirt; XI 30, 9 (22 Juni 318) scheint Ergänzung zu diesem Gesetz zu sein.

- 1 Apr. Aquileiae { Ad populum — dat. kal. Apr. Aquileia, *ipso A. et C. cons. IX 24, 1.*
Constantino A. VI et Constantio C. cons. (320); vgl. S. 35. Das Jahr durch den Ort bestimmt.
- 4 Apr. Aquileiae { Ad Bassum vicarium Italiae — dat. prid. non. Apr. Aquileia, *ipso A. et C. cons. IX 8, 1.*
Constantino A. VI et Constantino C. cons. (320). Vgl. S. 35. — Ders. Adress. 24 Sept. 317; vgl. 1 Oct. 315. — Das Fragment gehört seinem Inhalt nach mit dem vorhergehenden zusammen.
- 23 Mai Aquileiae Idem A. et C. ad Bassum pu. — dat. X kal. Jun. Aquileia, *Crispo Caes. cons. IX 16, 3.*
Crispo et Constantino Caes. cons. (321, 324). Das Jahr durch Ort u. Adressaten (s. 17 Apr. 317) bestimmt; vgl. S. 33.
- 22 Juni Aquileiae Ad Severum vicarium Italiae — dat. X kal. Jul. Aquileia, *ipso A. V et C. cons. XI 30, 9.*
Italiae fehlt; vgl. 15 März 321. — *Constantino V et Licinio C. cons. (319); vgl. S. 29.* Ders. Adress. 30 Juli 318, 27 Apr. 319, 15 März 321 (vgl. 17 Juni 315). Sein Vorgänger zuletzt 4 Apr. 318, sein Nachfolger zuerst 18 Apr. 321. — Supplement zu XI 30, 8 (18 März 318); citirt XI 30, 6 (13 Aug. 316); wird eingeschärft und ergänzt XI 30, 11 (12 Juni 321).
- 23 Juni Dat IX kal. Jul. *ipso A. et Crispo Caes. cons. I 27, 1 = Sirm. 17.*
ipso A.] Constantinopoli A.; vgl. S. 28. — Wird citirt Sirm. 1 (5 Mai 333) als *olim promulgata lex.*
- 1 Juli Aquileiae Patroclo — dat. kal. Jul. Aquileia, *ipso A. V et C. cons. XII 1, 6.*
Constantino A. V et Licinio cons. (319); vgl. S. 29.
- 27 Juli Catullino proconsuli Africae — dat. VI kal. Aug. *ipso A. et C. cons. C. J. VI 56, 3.*
proconsuli] pp. Vgl. S. 43. — *Constantino A. VII et Constante cons. (326).* — Das Jahr ist nach dem Adressaten (vgl. 17 Apr. 317) bestimmt. Vgl. S. 35.
- 30 Juli Aquileiae Ad Severum vicarium Italiae — dat. III kal. Aug. Aquileia *ipso A. et C. cons. VII 22, 2.*
 Titel fehlt; vgl. 22 Juni. — *Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326)* vgl. S. 35. — Das Jahr ist nach Ort und Adressat bestimmt. Verschärft VII 22, 1 (16 Febr. 313); wird citirt XII 1, 18 (24 Nov. 326) u. 19 (4 Aug. 331).
- (13 Aug.) Ad Profuturum praefectum annonae — pp. id. Aug. *ipso A. V et C. cons. III 1, 1 + XIV 3, 1.*
Constantino A. V et Licinio C. cons. (319). Das Consulat gilt so gut für 318 wie für 319 (vgl. S. 29); wir haben das erstere Jahr vorgezogen, weil der Adressat 10 Febr. 318 nachweisbar ist.

318

(27 Aug.)

Ad Catullinum *proconsulem* Africae — pp. VI kal. Sept. Karthagine, *ipso A. V et C. cons.* XI 16, 1. *proconsulem*] *pu.* Vgl. S. 43. — *Constantino A. V et Licinio cons.* (319); vgl. S. 29. Das Jahr nach dem Adressaten (s. 17 Apr. 317) bestimmt. — Wird citirt XV 3, 1 (7 Mai 319), vorausgesetzt XI 16, 2 (21 Mai 323).

7 Sept. Mediolanii Dat. VII id. Sept. Mediolano, acc. non. Oct. *ipso A. V et C. cons.* VIII 18, 2.

Constantino A. V et Licinio C. cons. (319); vgl. S. 29. Die Subscription steht bei einem Gesetze, zu dem sie nicht gehört; vgl. 17 Juni 315 u. S. 25.

12 Oct. Aquileiae Imp. Constantinus A. et Caes. ad Bassum *pu.* — dat. IV id. Oct. Aquileiae, *ipso A. V et C. cons.* III 17, 1.

Constantino A. V et Licinio Caes. cons. (319); vgl. S. 29. — Citirt II 4, 1 (4 Febr. 318). — Der Adressat hatte schon 1 Sept. 319 sein Amt niedergelegt; vgl. 1 Oct. 315.

24 Oct. Sirmii Ad Felicem praesidem Corsicae — dat. IX kal. Nov. Sirmio, *ipso A. et C. cons.* I 16, 3 + II 6, 2.

Constantino A. V et Licinio C. cons. (319) II 6, 2. *Constantino A. IIII ei Licinio IIII Caes. consuli* (315) I 16, 3. Vgl. S. 29 u. 35. Ders. Adress. 22 Juli 319, 28 Juli 320, Praefectus Praetorio 18 Apr. 333 — 21 Oct. 335. — Setzt II 6, 1 (6 Mai 316) voraus.

16 Nov. Ad Verinum vicarium Africae — dat. XVI kal. Dec. Licinio V et Crispo C. cons. acc. prid. id. Mart. Karthagine, *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319) IX 15, 1.

Derselbe Adressat 18 u. 29 März, 13 Apr. 319, 5 u. 20 Mai 321; vgl. 30 Jan. 314.

1 Dec. Sirmii Rufino pp. — dat. kal. Dec. Sirmio, *ipso A. V et C. cons.* V 2, 1.

Constantino A. V et Licinio C. cons. (319). Das Jahr durch den Ort bestimmt; vgl. S. 29. — Ders. Adress. 27 Apr., 10 Aug. 319, 21 Mai 320. — Dies ist das älteste Gesetz, welches an einen Praefectus Praetorio gerichtet ist. Vgl. S. 199.

12 Dec. Sirmii Ad Catullinum *proconsulem* Africae — dat. prid. id. Dec. Sirmii, *ipso A. et C. cons.* XIV 25, 1.

Constantino A. IV et Licinio IV cons. (315). Vgl. S. 35. Das Jahr durch Ort u. Adress. (vgl. 17. Apr. 317) bestimmt. — Anwendung von XI 3, 1 (1 Juli 313) auf einen analogen Fall.

319 Constantino A. V et Licinio C. cons.

15 Febr.

Ad Januarium com. r. p. — dat. XV kal. Mart. C. J. VI 1, 5 + XI 68, 2.

com. or. XI 68, 2; fehlt VI 1, 5. — Subscription fehlt XI 68, 2. — Das Gesetz vom 13 Juni zeigt, dass der Adress. im Reichstheil Constantins Beamter war; Comes Orientis kann er folglich nicht gewesen sein. XI 68, 2 handelt von Colonen der kaiserlichen Domänen, C. Th. IX 1, 2 von Confiscationen, was beides in den Geschäftskreis des Comes

- Rerum Privatarum hineingehört. Dass dieses Amt schon existierte, zeigt X 8, 2.
- (9 März) Pp. VII id. Mart. Karthagine C. J. XI 63, 1.
- 11 März Sirmii Ad Priscum rationalem — dat. V id. Mart. Sirmio X 8, 2.
- (18 März) Ad Verinum *vicarium Africae* — dat.
acc. XV kal. Apr. IX 21, 1.
Titel fehlt; vgl. 16 Nov. 318. — *dat. et acc.* — Wird verschärft IX 21, 2 (20 Nov. 321).
- (29 März) Ad Verinum *vicarium Africae* — pp. IV kal. Apr. Karthagine IX 34, 1.
Ders. Adr. 16 Nov. 318. — Verschärft IX 34, 2 (8 Nov. 313); wird citirt CIL. V 2781 (4 Dec. 320).
- 13 Apr. Sirmii Ad Lucrium Verinum *vicarium Africae* — dat. id. Apr. Sirmio II 19, 1.
Titel fehlt; vgl. 16 Nov. 318. — Interpretirt II 19, 3 (26 Juli 313).
- 18 Apr. Sirmii { Maximiliano Macrobio — dat. XIV kal. Mai. Sirmio, Constantino A. et C. cons. IX 12, 2.
Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326). — Identisch mit dem folgenden, wodurch das Jahr bestimmt ist. Vgl. S. 35 u. 206.
- Ad Bassum *pu.* — pp. V id. Mai. Romae IX 12, 1.
pu. fehlt; vgl. 17 Apr. 317. — *pp.*] *dat.*
- 24 Apr. Ad Proculum proconsulem Africae — dat. VIII kal. Mai. pp. VI kal. Aug. Constantino A. et Licinio cons. VI 35, 2 + C. J. VIII 52, 2.
proconsulem Africae fehlt Just. — *dat. VIII kal. Mai. Constantino A. V et Licinio C. cons.* Just. *dat. VI kal. Aug. Constantino A. IV et Licinio cons.* (315) Theod. — Ders. Adress. 7 Mai u. 26 Dec. 319, sein Vorgänger zuletzt 12 Dec. 318, wodurch das Jahr bestimmt ist. Vgl. S. 35. — VI 35, 2 hängt mit den folgenden Gesetzen so eng zusammen, dass ich es durch Aenderung des Datum in ein Propositum auf die gleiche Zeit bringen zu müssen glaubte.
27. Apr. Sirmii Ad Rufinum pp. — dat. V kal. Mai. Sirmio, *ipso A. V et C. cons.* VI 35, 3 + C. J. VI 22, 5.
Mai.] Theod. Mart. Just. — *Constantino A. V et Licinio C. cons.* Theod. *Constantio A. V et Constant. CC. cons.* Just. Vgl. S. 28. — Die Fragmente über die Privilegien der Palatinen und über das Testirrecht der Eunuchen gehören insofern zusammen, als ein grosser Theil des Hofgesindes aus Eunuchen bestand. — Der Adress. 1 Dec. 318. — Citirt VI 35, 1 (29 Oct. 313).
- Ad Severum *vicarium Italiae* — pp. X kal. Jun. Constantino A. et C. cons. VI 35, 15.
vicarium Italiae] *pu.*; vgl. 22 Juni 318 u. S. 43. — *Constantino A. VI et Constantio C. cons.* (320). Vgl. S. 35. — Wird VI 35, 3 § 1 (*vel servis castrensi peculio conquisitis*) vorausgesetzt; muss also entweder früher oder, was nach Inhalt und Tag des Propositum wahrscheinlich ist, gleichzeitig sein. Citirt VI 35, 1 (29 Oct. 313).

- Ad universos palatinos — *sine die et cons.* VI 35, 5.
dat. III non. Jul. Yscoi, Januarino et Justo cons. (328).
 Der Rechtsirrthum, gegen welchen dieses Gesetz sich wendet, war nach Erlass von VI 35, 3 nicht mehr möglich. Die letztere Verfügung wird als gleichzeitig abgesandt ausdrücklich erwähnt (*de qua re ad praefectos praetorio — scripta direximus*).
- (7 Mai) Ad Proculum proconsulem Africae — pp. non. Mai. Karthagine XV 3, 1.
 Ders. Adr. 24 Apr. — Citirt XI 16, 1 (27 Aug. 318).
- 30 Mai Ad provinciales — *dat. III kal. Jun. X 1, 3.*
 13 Juni Ad Januarium *com. r. p.* — *dat. id. Jun. acc. V kal. Aug. Corintho IX 1, 2.*
 Titel fehlt; vgl. 15 Febr. — *Jun.] Jan.* Die handschr. Lesung ergibt zwischen Datum und Acceptum einen unmöglichen Zwischenraum. Der Ort des Acceptum ist bei einem Hofbeamten auffallend, aber nicht unerklärlich.
- 19 Juni Ad Bassum pu. — *dat. XIII kal. Jul. Constantino A. et Licinio C. cons. C. J. II 12, 22.*
et Licinio Caes. II utrisque cons. Haloander, der die Subscription allein erhalten hat. — Ders. Adress. 17 Apr. 317.
- (15 Juli) Ad Bassum pu. — pp. id. Jul. IV 9, 1.
pu. fehlt; vgl. 17 Apr. 317.
- 22 Juli Sirmii Have Felix carissime nobis — *dat. XI kal. Aug. Sirmio, Constantino A. et C. cons. XV 1, 4.*
Constantino A. IV et Constantio C. cons. Vgl. S. 35. — Ders. Adress. 24 Oct. 318, wonach das Jahr bestimmt ist.
- 25 Juli Naissi Ad Symmachum vicarium — *dat. VIII kal. Aug. Naisso II 15, 1.*
 Ders. Adress. 4 Febr. 318.
- 26 Juli Naissi Ad Bassum pu. — *dat. VII kal. Aug. Naisso, pp. Romae non. Oct. Constantino A. et C. cons. II 16, 2 = C. J. II 52, 5.*
pu. fehlt. — *Constantino A. VIII et Constantino Caes. cons.* (329) Theod. Die ganze Subscription lautet im Just. *dat. non. Oct. Romae Constantino A. et Licinio utrisque II cons.* (nur durch Haloander überliefert). — Der Ort des Propositum zeigt, dass der Adressat der Präfectus Urbis, nicht der Präfectus Prætorio Bassus war (vgl. 1 Oct. 315). Dies in Verbindung mit dem Orte des Datum gibt für das Jahr die Entscheidung. Vgl. S. 35. — Da II 15, 1 u. II 16, 2 beide von der Restitutio in Integrum handeln und das Datum beinahe dasselbe ist, werden sie zu verbinden sein. — Wird citirt II 7, 2 (19 Juli 327).
- 29 Juli Ad Festum praesidem Sardiniae — *dat. IV kal. Aug. IX, 40, 3.*
- (10 Aug.) Ad Rufinum pp. — pp. IV id. Aug. Sirmio, Constantino A. et Licinio cons. VII 21, 1.
Constantino A. III et Licinio III cons. (313). Vgl. S. 32. Das Jahr durch den Adressaten (s. 1 Dec. 318) bestimmt.

319
16 Oct.

Ad Maximum pu. — dat. XVII kal. Nov. pp. VI kal. suprascriptas Romae III 5, 2.

Der Adress. war Stadtpräfekt 1 Sept. 319 — 13. Sept. 323. Vgl. 3 Febr. 316. — Von Naissus bis Rom sind nah an 1000 Milien; dass ein Eilbote, der Tag und Nacht reiste, diese Strecke in zehn Tagen zurücklegte, ist gleichwohl nicht unmöglich. — Abgeändert III 5, 6 (15 Jul. 335).

1 Nov. Serdicae

Ad Antiochum praefectum vigilum — dat. kal. Nov. Serdicae II 10, 1 + 2.

dat.] II 10, 1. pp. II 10, 2. — Ders. Adress. 6 Jan. und 30 Dec. 313.

20 Nov.

Ad Pacatianum vicarium Britanniarum — dat. XII kal. Dec. Constantino A. et Licinio C. cons. XI 7, 2.

Der Adress. Consul 332, Praefectus Praetorio 12 Apr. 332 — 17 Apr. 335.

26 Nov. Serdicae

Ad Januarinum vicarium urbis — dat. VI kal. Dec. Serdicae IX 37, 1.

vicarium urbis] pu. vgl. S. 43. — Ders. Adress. 4 Dec. 320, 20 Nov. 321. Sein Vorgänger Cassius zuletzt 13 Aug. 318 (s. 1 Mai 317).

Imp. Constantinus A. Bibuleno Restituto praesidi Sardiniae — dat. VIII id. Dec. Thessalonicae, acc. ipso A. VI et C. cons. (320) XI 7, 7.

Impp. Constantius et Constans AA. — Thessal. Constantio VI et Constante III AA. cons. (353 oder 354) ohne Lücke. — Dasselbe XI 7, 3 am 31. Jan. 320 als Edict wiederholt. Hierdurch und durch den Ort ist die Zeit bestimmt. Vgl. S. 28 und 39.

6 Dec. Thessalonicae

Imp. Constantinus A. ad Egnatium Faustinum praesidem Baeticae — dat. VIII id. Dec. Thessalonicae sine cons. XI 1, 4 + 9, 2.

Constantius XI 1, 4. — Adressat fehlt XI 1, 4. — VIII id.] XI 1, 4. prid. id. XI 9, 2. — Thessalonicae fehlt XI 9, 2. — Feliciano et Titiano cons. (337). In diesem Jahre kann kein Kaiser in Thessalonica gewesen sein. Das gleiche Tagdatum und der verwandte Inhalt weisen darauf hin, dass diese Fragmente mit XI 7, 7 zu verbinden sind. Vgl. S. 21.

(13 Dec.)

Crepereio Donatiano — pp. id. Dec. I 2, 4.

26 Dec.

Ad Proculum proconsulem Africae — dat. VII kal. Jan. I 12, 2 + IV 16, 1.

Titel fehlt IV 16, 1. — Ders. Adr. 24 Apr. — IV 16, 1 wird verschärft XI 30, 17 + 34, 1 (1 Aug. 331).

320 Constantino A. VI et Constantino C. cons.

30 Jan. Serdicae

Imp. Constantinus A. et Caesar ad Maximum pu. — dat. III kal. Febr. Serdicae, pp. id. Apr. Romae, ipso A. VI et C. cons. II 22, 1 + C. J. VI 7, 2.

320

et Caesar fehlt Just. — Datum fehlt Just., Propositum fehlt Theod. — *ipso A. VII et C. cons.* (326) Theod. *Const. A. VII et Const. CC. cons.* (326) Just. — Das Jahr durch Ort und Adressaten (s. 16 Oct. 319) gesichert. — Hebt IV 10, 1 (26 Juli 313) auf.

31 Jan. Serdicae

Ad populum — dat. prid. kal. Febr. Serdicae, pp. kal. Apr. Romae III 2, 1 + IV 11, 3 + VIII 16, 1 + XI 7, 3 + C. J. VI 9, 9 + 23, 15 + 37, 21.

Propositum nur VIII 16, 1 erhalten. — *prid. kal.*] III 2, 1; VIII 16, 1. *VI kal.* IV 11, 3. *kal.* XI 7, 3; Just. — *Serdicae* fehlt XI 7, 3. C. J. VI 37, 21. *Laodiceae* C. J. VI 9, 9 (Interpolation Haloanders, durch den die Subscriptionen des Just. allein überliefert sind). — Consulat fehlt C. J. VI 9, 9. *Constantino A. VII et Constantio cons.* (326) IV 11, 3. *Constantio A. et Constante A. CC. cons.* C. J. VI 23, 15. *Constantio II et Constante cons.* (339) C. J. VI 37, 21. — IV 11, 3 von ganz ähnlichem Inhalt, wie das Gesetz vom 30 Jan. XI 7, 3 ist identisch mit XI 7, 7 (6 Dec. 319) und zeigt dieselbe Tendenz wie IX 3, 1 (30 Juni 320). Noch weitergehend als C. J. VI 23, 15 sind II 24, 1 u. C. J. III 36, 26 (20 Mai 321) u. C. J. VI 21, 15 (11 Aug. 325). C. J. VI 23, 15; 37, 21 wird vielleicht interpretirt C. J. VI 36, 7 (30 Mai 332).

(25 März)

Ad Maximum pu. — pp. VIII kal. Apr. in foro Traiani, *Constantino A. et C. cons.* IX 19, 2.

Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326). Das Jahr durch den Adressaten (s. 16 Oct. 319) bestimmt. Vgl. S. 35. — § 1 aufgehoben IX 1, 5 (22 Mai 321).

Ad populum — dat. id. Mai. *Constantino A. et C. cons.* IX 16, 2.

Constantino A. V et Licinio cons. (319). Die Zeit ist durch das folgende Gesetz bestimmt, welches mit diesem identisch ist; denn da der Adressat desselben erst seit 1 Sept. 319 im Amte war, kann ein Gesetz nicht am 15 Mai desselben Jahres an ihn gerichtet sein. Vgl. S. 35.

15 Mai

Ad Maximum pu. — pp. kal. Sept. Romae *Constantino A. et C. cons.* IX 16, 1.

pu. fehlt; vgl. 16 Oct. 319. — *Sept.] Febr.* Die Aenderung ist durch das Datum von IX 16, 2 nothwendig gemacht. — *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319). Vgl. S. 35. — Gestattet eine Ausnahme von X 10, 2 (1 Dec. 312); wird citirt XVI 10, 1 (17 Dec. 320).

19 Mai Serdicae

Ad Domitium Dracontium magistrum privatae rei Africae — dat. XIV kal. Jun. Serdicae X 1, 4.

Ders. Adr. 17 Apr. 321. — Einschärfung von X 1, 1 (13 Sept. 315).

21 Mai

Ad Rufinum pp. — dat. XII kal. Jun. *Constantino A. et C. cons.* XIII 3, 2.

Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326). Vgl. S. 35. Das Jahr durch den Adressaten (s. 1 Dec. 318) bestimmt. — Erweiterung dieses Gesetzes XIII 3, 1 (1 Aug. 321).

22 Juni

Menandro pp. — dat. X kal. Jul. *Constantino A. et C. cons.* VIII 5, 4.

- pp.* fehlt. — *Constantino A. VII et Constantio C. cons.* (326). Vgl. S. 35. — Ders. Adress. 11 Jan., 11 Apr., 1 Aug. 321, 6 Juli 322; später nicht mehr nachweisbar. — Sein Titel fehlt überall, doch zeigt der Inhalt der an ihn gerichteten Gesetze, dass er Präf. Prät. gewesen sein muss.
- 30 Juni Serdicae Ad Florentium rationalem — dat. prid. kal. Jul. Serdicae IX 3, 1.
Ders. Adress. 13 Apr. 323. — Von gleicher Tendenz wie XI 7, 3 (31 Jan. 320).
- 28 Juli Furio Felici *praesidi Corsicae* — dat. V kal. Aug. II 11, 1.
Titel fehlt; vgl. 24 Oct. 318.
- 18 Aug. Serdicae { Ad Bassum *pp.* — dat. XV kal. Sept. C. J. I 51, 2.
Ders. Adress. 20 Mai 321; vgl. 1 Oct. 315.
Italica suis } dat. XV kal. Sept. Serdicae,
Provincialibus suis } Constantino A. et C. cons. V 8, 1 = C. J. IV 43, 2.
Sept.] Theod. S. Just. — *Serdicae* fehlt Just. — Consulat fehlt Just. *Constantino A. VIII et Constantino C. IV cons.* (329) Theod. Vgl. S. 35. — Wird citirt Vat. 34 (21 Juli 329); dies und der Ort bestimmen das Jahr. Wird abgeändert V 7, 1 (17 Apr. 331).
- Ende Aug. Serdicae II kal. Sept. Serdicae, Constantino A. et C. cons. IV 11, 4.
Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326); durch den Ort bestimmt. Vgl. S. 35.
- 30 Sept. Ad Maximum rationalem Africae — dat. prid. kal. Oct. X 19, 1.
Ad Januarinum agentem vicariam praefecturam — *pp.* prid. non Dec. Romae IX 34, 3.
Ders. Adress. 26 Nov. 319, 20 Nov. 321.
- (4 Dec.) Ad Maximum *pu.* — *sine die et cons.* IX 5, 1 = CIL. V 2781.
pp. kal. Jan. Volusiano et Anniano cons. (314) Theod. fehlt CIL. Vgl. S. 21. Dass dies falsch ist, zeigt der Adressat (s. 16 Oct. 319) und die Bezugnahme von CIL. Z. 25 auf IX 34, 1 (29 März 319). Da IX 34, 3 dieselbe Bestimmung enthält, wie CIL. Z. 22 und seine Zeit in die Praefectur des Maximus fällt, habe ich die Stücke verbunden. — Wird z. Th. wiederholt IX 34, 4 (21 Oct. 328).
- 17 Dec. Serdicae Ad Maximum *pu.* — dat. XVI kal. Jan. Serdicae, acc. VIII id. Mart. Crispo II et Constantino II Caess. cons. (321) XVI 10, 1.
pu. fehlt; vgl. 16 Oct. 319. — Citirt IX 16, 1; 2 (15 Mai 320).
- 321 Crispo II et Constantino II CC. cons.
- 11 Jan. Menandro *pp.* — dat. III id. Jan. Crispo II et Constantino cons. IV 12, 2.
pp. fehlt; vgl. 22 Juni 220. — Jan.] Jul. Schon am 1 Aug. 321 (IV 12, 3) ist davon die Rede, dass dieses

321

Gesetz von Soldaten der *legio III Augusta*, welche in Africa stand (CIL. VIII S. XIX), übertreten werde. Wäre es erst am 13 Juli gegeben, so hätte es bis dahin gar nicht nach Afrika gelangen können.

6 Febr. Serdicae Ad Claudium praesidem Daciae — dat. VIII id. Febr. Serdicae II 19, 2.

Setzt noch ein näheres Erbrecht der Agnaten, als der Mutter voraus, was schon V 1, 1 (20 Mai 321) abgeändert wird.

27 Febr. Serdicae Petronio Probiano — dat. III kal. Mart. Serdicae IX 42, 1.

Der Adress. war wahrscheinlich Präf. Prät.; denn 322 ist er Consul und Cumulirung von Präfecturen und Consulaten ist unter Constantin häufig. Vgl. 25 Aug. 315.

(15 März) Ad Julium Severum vicarium Italiae — pp. id. Mart. VI 35, 4.

Julium Verum; vgl. 22 Juni 318. — Setzt das Gesetz vom 27 Apr. 319 voraus.

7 Apr. Ad edictum — dat. VII id. Apr. XII 6, 1.

Wird vorausgesetzt XII 5, 1 (30 Juli 325).

11 Apr. Sirmii Menandro pp. — dat. III id. Apr. Sirmio XV 1, 2. pp. fehlt; vgl. 22 Juni 320.

17 Apr. Sirmii Ad Domitium Dracontium *magistrum rei privatae Africae* — dat. XV kal. Mai. Sirmio, acc. XV kal. Jun. Karthagine XI 19, 1 + C. J. XI 62, 2.

Domitium fehlt Just. — Titel fehlt; vgl. 19 Mai 320. — Subscription fehlt Just. — Die Bestimmungen von C. J. XI 62, 2 sind entweder nur für Afrika erlassen oder bald wieder aufgehoben worden; andernfalls wäre III 30, 5 (18 April 333) nicht möglich gewesen.

Osio episcopo — dat. XIV kal. Mai. IV, 7, 1.

Hosius, Bischof von Corduba, ist 312 (Euseb. h. eccl. X 6, 2) und dann wieder 324—325 (Hefele, Conciliengeschichte I² S. 281) am Hoflager nachweisbar. — Wird citirt C. J. I 13, 1 (8 Juni 323).

Helpidio *vicario Italiae* — pp. V non. Jul. Caralis II 8, 1 + C. J. III 12, 2.

18 Apr. Titel fehlt; vgl. 30 Mai 321 u. 24 Sept. 317. — *Jul.*] Theod. *Mart.* oder *Mai.* Just. — *Caralis* fehlt Just. — Ders. Adress. 30 Mai. Als Präf. Prät. erwähnt Hieron. vit. Hilar. 14 p. 19. In diesem Amte scheinen die Gesetze vom 25 Dec. 323, 8 März 324 u. 4 Mai 326 an ihn erlassen zu sein. — Vgl. über dieses Gesetz S. 19.

Ad Maximum pu. C. J. VII 1, 4.

Unterschrift fehlt. Da das Amt des Adressaten in diese Zeit fällt (s. 16 Oct. 319) und der Gegenstand dieses Gesetzes mit dem der beiden andern der gleiche ist, habe ich es diesen angeschlossen. Vgl. S. 206.

5 Mai Brief Constantins an Verinus, Vicarius Africae, über Duldung der Donatisten. Zeitschr. f. Kirchengesch. X S. 534.

20 Mai Sirmii

(Ad Bassum pp. — dat. XIII kal. Jun. Sirmio II 6, 3 + V 1, 1 + XI 35, 1 + C. J. III 36, 26. pp. fehlt Just. — XIII kal. V 1, 1 — dat. n. k. Crispo II Const. cons. Just. — Ders. Adress. 18 Aug. 320. — Dies Gesetz citirt V 1, 2 als *constitutio divi Constantini ad Bassum pp.* — V 1, 1 ändert eine Bestimmung ab, die noch II 19, 2 (6 Febr. 321) als bestehend vorausgesetzt wird. C. J. III 36, 26 bildet C. J. VI 23, 15 (31 Jan. 320) weiter fort.

Ad populum — pp. V non. Jul. Romae XVI 2, 4.

Da dies Gesetz gleichfalls über Erbrecht handelt und der Tag des Propositum zu dem Datum des vorhergehenden passt, habe ich sie verbunden. Vgl. S. 206.

Ad Verinum vicarium Africae. — pp. IV kal. Sept. II 24, 1.

Titel fehlt; vgl. 16 Nov. 318. — pp.] dat. Da der Inhalt vollständig mit C. J. III 36, 26 übereinstimmt, glaubte ich die Gesetze verbinden zu müssen. Vgl. S. 206.

22 Mai Sirmii

Ad Maximum pu. — dat. XI kal. Jun. Sirmio, acc.

Romae, p. c. Constantini A. et C. IX 1, 5.

Constantino A. VII et Constante cons. (326). Vgl. S. 35 u. 37. Das Jahr durch Adressat (s. 16. Oct. 319) und Ort bestimmt. — Hebt einen Theil von IX 19, 2 (25 März 320) auf; wird vorausgesetzt IX 7, 2 (25 Apr. 326).

30 Mai Viminacii

Helpidio agenti vices praefectorum praetorio — dat. III kal. Jun. Viminacio C. J. VIII 10, 6.

Ders. Adress. 18 Apr. — Interpretation von XV 1, 1 (2 Febr. 313).

12 Juni Sirmii

Ad Maximum pu. — dat. prid. id. Jun. Sirmio II 18, 1 + XI 30, 11.

pu. fehlt; vgl. 16 Oct. 319. — Jun.] Jan. Die Aenderung durch den Ort geboten. — Bildet XI 30, 9 (22 Juni 318) weiter aus.

1 Juli

Ad Junium Rufum consularem Aemiliae — dat. kal. Jul. IV 12, 1.

(Menandro pp. — dat. kal. Aug. Crispo II et Constantino cons. IV 12, 3.

pp. fehlt; vgl. 22 Juni 320. — Einschärfung von IV 12, 2 (11 Jan. 321).

Ad Volusianum pp. — dat. et pp. kal. Aug. Sirmio, Crispo et Constantino CC. cons. XIII 3, 1.

pp. fehlt; doch wird dem Adress. dieser Titel C. J. IV 35, 21 beigelegt (vgl. 19 März 314). — dat. et fehlt. — Weitere Ausdehnung von XIII 3, 2 (21 Mai 320).

1 Aug. Sirmii

Ad populum — sine die et cons. XIII, 3, 3.

pp. V kal. Oct. Constantinopoli, Dalmatio et Zenofilio cons. (333) Dass dies keine spätere Wiederholung von XIII 3, 1 ist, zeigen die Eingangsworte: *beneficia divorum retro principum confirmantes*. Denn wenn Constantin selbst den Aerzten und Lehrern schon früher dieselben Privilegien gegeben hätte, könnte er sich nicht nur auf seine Vorgänger in der Herrschaft berufen. Vgl. S. 21.

321

14 Sept. Sirmii

Ad Maximum pu. — dat. XVIII kal. Oct. Sirmio I 4, 1 + IX 43, 1.

pp. I 4, 1; vgl. 16 Oct. 319. — IV kal. I 4, 1. — Sirmio fehlt I 4, 1. — I 4, 1 wird interpretirt I 4, 2 (27 Sept. 328).

(20 Nov.)

Ad Januarinum vicarium urbis — *pp.* XII kal. Dec. Romae IX 21, 2.Titel fehlt; vgl. 26 Nov. 319. — *pp.*] dat. Vgl. S. 38. — Verschärft IX 21, 1 (18 März 319); wird citirt IX 21, 4 (4 Mai 326).

11 Dec.

Decurionibus Agrippinensibus — dat. III id. Dec. XVI 8, 3.

Beschränkung dieses Gesetzes XVI 8, 2 u. 4 (29 Nov. u. 1 Dec. 330).

322 Probiano et Juliano conss.

(9 Febr.)

Ad Agricolanum — *pp.* V id. Febr. IX 1, 3.

(25 März)

Ad Maximum pu. — *pp.* Romae VIII kal. Apr. C. J. III 11, 5.*pu.* fehlt; vgl. 16 Oct. 319.

23 Mai Sirmii

Ad Maximum pu. — dat. X kal. Jun. Sirmio II 4, 2 + 18, 2.

12 Juni Sirmii

Ad Maximum pu. — dat. prid. id. Jun. Sirmio IV 8, 4.

(6 Juli)

Menandro *pp.* — acc. prid. non Jul. Romae XI 27, 2.*pp.* fehlt; vgl. 22 Juni 320. — acc.] dat. Vgl. S. 38. — Ein verwandtes Gesetz für Italien XI 27, 1 (17 Apr. 331).

20 Juli Sirmii

Ad Maximum pu. — dat. XIII kal. Aug. Sirmio IV 8, 5.

Ueber d. Adress. s. 16 Oct. 319. — § 4 wird citirt IV 8, 6 § 5 (15 Febr. 323).

26 Juli Savariae
CamponaeAd Lusitanos — dat. VII kal. Aug. Savariae I 1, 1.
Sieg über die Sarmaten. S. 188 u. 194.

Donauübergang und Krieg im Feindeslande.

Margi Rückkehr auf römisches Gebiet.

Bononiae Vertheilung der sarmatischen Gefangenen.

(30 Oct.)

Ad Maximum pu. — acc. III kal. Nov. Romae IX 38, 1.

pu.] *pp.* vgl. 16 Oct. 319 u. S. 43. — Crispus († 326) als lebend erwähnt. Vgl. Zeitschr. f. wissensch. Theol. XXXIII S. 70.

18 Dec. Serdicae

Ad Severum *pp.* — dat. XV kal. Jan. Serdicae III 32, 1.*pp.* fehlt; doch ergibt sich das Amt aus dem Inhalt der an ihn gerichteten Gesetze vom 13 Apr. 323, 23 Jan., 8 März 324; vgl. 17 Juni 315.

323 Severo et Rufino conss.

15 Febr. Thessalo-
nicae

Ad Maximum pu. — dat. XV kal. Mart. Thessalonicae IV 8, 6.

Ueber d. Adress. s. 16 Oct. 319. — Citirt IV 8, 5; wird citirt in einem Rescript (C. J. VII 16, 40), das nach dem Adressaten zwischen 13 Sept. 323 und 4 Jan. 325 erlassen ist.

Ad Florentium *rationalem* — dat. id. Apr. *Byzantii* XI 30, 12 + XII 1, 8.

Florentinum XI 30, 12. — *rationalem* fehlt; vgl. 30 Juni 320. Zu dem Amte passt, dass das Gesetz von dem Beitreiben der Gefälle redet. — *Byzantii*] *Constantinopoli*; vgl. S. 40. Als Constantin zum Kampfe gegen die Gothen in den Reichstheil des Licinius eindrang, kann er auch nach Byzanz gekommen sein; s. S. 189 u. 194.

13 Apr. *Byzantii*

Ad Severum *pp.* — dat. id. Apr. C. J. III 12, 3. *pp.* fehlt; vgl. 18 Dec. 322. — Bei Haloander fehlen die Consuln, doch hat er dafür den Ort *Sirmi*; dies ist eine Interpolation, welche wahrscheinlich an eine handschriftliche Verstümmelung des Namens *Severo* anknüpft. Da Constantin von Thessalonica aus gegen die Gothen zog, welche im Osten seines Reiches plünderten (S. 189), so ist kaum anzunehmen, dass er auf dem Feldzuge nach Sirmium, also nach Nordwesten gekommen sei.

28 Apr.

Imp. Constantinus A. et C. — dat. IV kal. Mai. VII 1, 1 + 12, 1.

Das Gesetz redet von Barbareneinfällen und wird daher mit dem Plünderungszuge der Gothen in Zusammenhang gebracht. S. 194.

21 Mai

Ad Ulpium Flavianum consularem Aemiliae et Liguriae — dat. XII kal. Jun. lecta apud acta XI 16, 2.

Setzt XI 16, 1 (27 Aug. 318) voraus.

8 Juni

Ad Protogenem episcopum — dat. VI id. Jun. Severo et Rufino cons. C. J. I 13, 1.

Sabino et Rufino cons. (316); vgl. S. 31. Protogenes ist als Bischof von Serdica zuerst im Theilnehmerverzeichniss des Concils von Nicaea (325) nachweisbar (Mansi, Conciliorum collectio II S. 696). Auf dem Zuge gegen die Gothen, bei welchem er wahrscheinlich Serdica berührt hat, wird Constantin mit ihm zusammengetroffen sein und daraus Anlass genommen haben, dies Gesetz gerade an ihn zu richten. Ins Jahr 316 kann es nicht fallen, da es IV 7, 1 (18 Apr. 321) citirt.

25 Dec. *Sirmii*

Krieg gegen die Gothen. S. 189 u. 194.

Ad Helpidium *pp.* — dat. VIII kal. Jan. *Sirmio* XVI 2, 5.

pp. fehlt; vgl. 18 April 321. — *Jan.*] *Jun.* Die Aenderung durch den Ort geboten; vgl. 13 April. — Das Gesetz redet davon, dass die Christen *ad lustrorum sacrificia celebranda* gezwungen worden seien; wahrscheinlich ist dies bei den Quindecennialien des Licinius (11 Nov. 323) vorgekommen. Denn die alle fünf Jahre wiederkehrenden Thronbesteigungsfeste können sehr gut durch das Wort *lustrum* bezeichnet werden.

(31 Dec.)

Pp. prid. kal. Jan. Castulone XI 9, 1.

Wird verschärft XI 7, 4 (18 Mai 327).

324 Crispo III et Constantino III CC. cons.

- 19 Jan. Sirmii Dalmatio — dat. XIV kal. Febr. Sirmio, Crispo III et Constantino III cons. XII 17, 1.
Constantino II. Das Jahr durch den Ort gesichert. — Ders. Adress. Febr. 324. Es ist wahrscheinlich der Bruder Constantins.
- 23 Jan. Sirmii Ad Severum *pp.* — dat. X kal. Febr. Sirmio, acc. non. Apr. Crispo et Constantino CC. cons. VI 22, 1.
pp.] pu. vgl. 18 Dec. 322 u. S. 43. — *Crispo II et Constantino II CC. cons.* (321). Vgl. S. 32. Das Jahr durch den Ort gesichert. — Eine andere Ausfertigung desselben Gesetzes XII 1, 25 trägt die Unterschrift: *dat. V kal. Nov. Emesa, Urso et Polemio cons.* (338).
- Febr. Naissi Ad Dalmatium — dat. Naisso *sine die et cons.* C. J. V 17, 7.
dat. Naesso Feliciano et Titiano cons. (337). In diesem Jahre ist Constantin nicht in Naissus gewesen; doch muss er 324, um von Sirmium nach Thessalonica zu gelangen, jene Stadt berührt haben. Da ausserdem auch am 19 Jan. 324 derselbe Adressat vorkommt, haben wir das Rescript zweifelnd dieser Zeit zugeschrieben. Vgl. S. 21.
- 8 März Thessalonicae } Helpidio *pp.* — dat. VIII id. Mart. Thessalonicae XIII 5, 4.
pp. fehlt; vgl. 18 Apr. 321. — Diese Bestimmung verallgemeinert XIII 5, 5 (18 Sept. 326).
 Ad Severum *pp.* — *sine die et cons.* XIII 5, 8.
pp. fehlt; vgl. 18 Dec. 322. — *dat. XIV kal. Jun. Nepotiano et Pacundo cons.* (336). — Eine andere Ausfertigung des vorhergehenden Gesetzes. Hierdurch und durch den Adressaten ist die Zeit bestimmt. Vgl. S. 21 u. 206.
- 9 Apr. Thessalonicae Ad Verinum *pu.* — dat. V id. Apr. Thessalonicae, *pp.* III kal. Jun. Romae, Crispo et Constantino CC. cons. II 17, 1.
pu. fehlt. — *Crispo II et Constantio II CC. cons.* (321). Vgl. S. 32. — Das Amt des Adressaten ist durch den Ort des Propositum und den Inhalt (§ 2) festgestellt; das Jahr durch die Zeit von Verinus' Stadtpräfectur (13 Sept. 323 — 4 Jan. 325; vgl. 30 Jan. 314) und den Ort des Datum.
- 11 Apr. Lucio Verino *pu.* — dat. III id. Apr. *Constantino C. cons.* XIV 4, 2.
pu. fehlt. — *Constantino A. VII et Constantio C. cons.* (326). Vgl. S. 33. Der Inhalt zeigt, dass das Gesetz an Verinus während seiner Stadtpräfectur gerichtet ist, wodurch auch das Jahr feststeht; vgl. 9 Apr.
- 3 Juli Hadrianopoli (9 Juli) Erster Sieg über Licinius. S. 189.
 Ad Hilarianum proconsulem Africae — *pp.* VII id. Jul. Karthagine XII 1, 9.
 Ueber den Adressaten vgl. 30 Jan. 316.

324

- Byzantii Belagerung von Byzanz. S. 189.
 18 Sept. Chalcedone Entscheidungsschlacht gegen Licinius.
 Nicomediae Verfolgung des Licinius nach Nicomedia. S. 195.
 8 Nov. Constantius zum Cäsar ernannt. Idat. fast. 324.
 CIL. I S. 354.
 (16 Dec.) Ad Constantium pp. — pp. XVII kal. Jan. XV
 14, 1.
Jan.] Jun. Das Gesetz hebt die Verfügungen des
 Licinius auf, was erst nach dem Siege geschehen sein
 kann; vgl. S. 192. — Ders. Adress. 17 Sept. 7 Oct. 325,
 11 Juni 327; Consul 327; vgl. 22 Jan. 315.

325 Paulino et Juliano cons.

- 12 Febr. Ad universos provinciales — dat. prid. id. Febr.
 XV 14, 2.
Interpretation von XV 14, 1 (16 Dec. 324).
 25 Febr. Nicome- Ad Silvium Paulum *vices praefectorum* ag. Ital. —
 diae dat. V kal. Mart. Nicom. I 15, 1.
Paulum mag. itat. Der Inhalt zeigt, dass das Gesetz
 an eine über den Provincialstatthaltern stehende Instanz
 gerichtet ist.
 20 Mai Nicaeae Eröffnung des Concils durch den Kaiser. S. 195.
 23 Mai Nicaeae Ad Severum pu. — dat. X kal. Jun. Nicaeae, pp.
 III kal. Aug. I 2, 5 + II 18, 3.
Datum fehlt II 18, 3; Propositum fehlt I 2, 5. — Der
Adress. war Stadtpraefect 4 Jan. 325 — 13 Nov. 326, vgl.
17 Juni 315. — I 2, 5 interpretirt XI 30, 6 (13 Aug. 316).
 19 Juni Nicaeae Beschluss des Concils über das Symbolum. S. 195.
 (19 Juli) Ad Euphrasium rationalem trium provinciarum —
 pp. XIV kal. Aug. XII 6, 2 + 7, 1.
pp.] XII 7, 1. dat. XII 6, 2. Vgl. S. 38.
 25 Juli Nicomediae Feier der Vicennalien. S. 186.
 30 Juli Nicomediae Tiberiano comiti per Africam — dat. Nicomediae
 III kal. Aug. acc. Constantino A.
 VII et Constantio C. cons. (326) XII 5, 1.
III kal. Aug. Constantino A. VII et Constante C.
cons. ohne Lücke. Das Jahr durch den Ort bestimmt.
Vgl. S. 39. — Derselbe Adress. 24 Nov. 326. Ein gleich-
namiger Comes Hispaniarum 17 Oct. 332; Vicarius Hispan-
iarum 15 Juli 335; Präf. Prät. Galliarum 336 Hieron.
chron. 2352; C. J. XI 60, 1. — Einschärfung von XII 6, 1
(7 Apr. 321),
 11 Aug. Nicomediae Ad populum — dat. III id. Aug. Nicomediae,
 Paulino cons. C. J. VI 21, 15.
Optato et Paulino cons. (334). Das Jahr durch den
Ort bestimmt; vgl. S. 31. Der Inhalt weist auf die Zeit
nach einem grossen Kriege hin, wie er kurz zuvor gegen
Licinius geführt war. — Von ähnlicher Tendenz C. J. VI
23, 15 (31 Jan. 320).

325

(17 Sept.)

Ad universos provinciales — pp. XV kal. Oct. Nicomediae IX 1, 4.

Ad Constantium pp. — acc. IV kal. Oct. Antiochiae I 5, 1.

Ad Constantinum pu. Vgl. S. 43. — *acc.] data.* Vgl. S. 38. — *octb.* ist in der Hdschr. in *setb.* corrigirt, doch da dies Fragment dem Begleitschreiben zu dem vorhergehenden Edict entnommen zu sein scheint, ist die ursprüngliche Lesung wohl die richtige. — Ueber den Adress. s. 16 Dec. 324. — Ergänzung dieses Gesetzes X 4, 1 (5 März 326).

17 Sept. Nassete

Aurelio Helladio — dat. Nassete XV kal. Oct. XI 39, 1.

Naisso. Den von mir hergestellten Ort nennt das Itin. Hieros. 571, 11 als 7½ Milien von Chalkedon entfernt. — Ders. Adress. 8 März 326.

(1 Oct.)

Maximo *vicario Orientis* — pp. Beryto kal. Oct. XV 12, 1.

vicario Orientis] pp. Vgl. S. 43. — Ders. Adress. 7 Oct. 325 und C. J. XI 50, 1; vgl. 3 Febr. 316. — Dem Inhalte nach jünger als IX 18, 1 (1 Aug. 315) und IX 40, 2 (21 März 316). Die Anfangsworte (*in otio civili et domestica quiete*) spielen auf den kürzlich beendeten Bürgerkrieg an.

7 Oct.

Ad Constantium pp. — dat. non Oct. XII 1, 11 + C. J. XI 68, 1.

Unterschrift fehlt Just. — Ders. Adress. 16 Dec. 324.

Ad Maximum vicarium Orientis — pp. XV kal. Jan. Antiochiae VII 20, 4 + XII 1, 10 + 12.

vicarium Orientis] XII 1, 12. pu. VII 20, 4. fehlt XII 1, 10. — XV kal.] VII 20, 4. V id. XII 1, 10. VIII kal. XII 1, 12. — Jan.] XII 1, 12. Jul. VII 20, 4; XII 1, 10. — Antiochiae fehlt XII 1, 12. — Ders. Adress. 1 Oct. — Der Inhalt von XII 1, 10 identisch mit XII 1, 11.

17 Oct.

Ad Euagrium pp. — dat. XVI kal. Nov. acc. Jan. Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326) XII 1, 13 = 22.

dat. XVI kal. Jun. Constantino A. VII et Constantio C. cons. XII 1, 13. dat. XI kal. Sept. Constantinopoli Neptiano et Facundo cons. (336) XII 1, 22. Vgl. S. 21 und 39. — Die beiden Fragmente sind untereinander und mit XII 1, 10 und 11 identisch, wonach die Zeit bestimmt ist. — Ders. Adress. 3 Febr., 15 März, 25 Apr., 11 Aug., 22 Nov. 326, 13 Aug., 18 Sept. 329, 4 Aug. 331. — Der Inhalt setzt VIII 4, 1 (28 Apr. 315) voraus.

25 Oct. Heracleae

Ad Lucretium Paternum — dat. VIII kal. Nov. Heracleae, acc. Constantino A. et C. cons. (326) XII 1, 17.

Heracleae Constantino A. VIII et Constantio IV cons. (329) ohne Lücke. Vgl. S. 35 u. 39. Die Zeit ist durch den Ort und den Zusammenhang dieses Gesetzes mit den vorhergehenden gesichert. — Ein Paternus war 333—335 Präfect von Aegypten (Larsow, Die Festbriefe des h. Athanasius S. 28).

Floriano praesidi — *pp.* kal. Mart. in civitate Belovacorum Constantino *A. et C.* cons. (326) VII 20, 1 + 2.

pp.] dat. — *Velovocorum.* — Constantino *A. VI et Constantio C.* cons. (320). — VII 20, 1 trägt die Unterschrift: *pp. IIII id. Apr. Licinio V et Crispo Caesar* cons. (318). Doch ist darin der Sieg vom 3. Juli 324 erwähnt. Vgl. S. 23. Dies Gesetz hängt seinem Inhalte nach mit VII 20, 4 zusammen. Da auch der Tag des Propositum dazu passt, haben wir sie vereinigt. Vgl. S. 206.

326 Constantino A. VII et Constantio C. cons.

(Ad Euagrium *pp.* — *dat.* III non. Febr. Heracleae IX 3, 2.

pp. fehlt; vgl. 17 Oct. 325.

Africano v. c. — *dat.* III non. Febr. Heracleae IX 7, 1.

3 Febr. Heracleae

(Ad Severum *pu.* — *sine die et cons.* XV 8, 1.

dat. IV non. Jul. Hierapoli Placido et Romulo cons. (343); vgl. S. 21. Da die Ueberschrift Constantin nennt und unter Constantius auch kein Severus Stadtpraefect gewesen ist, so muss die Unterschrift falsch sein. Nach der Amtszeit des Adressaten (s. 23 Mai 325) und der Aehnlichkeit des Gegenstandes haben wir dies Gesetz mit IX 7, 1 zusammengestellt. Vgl. S. 206.

5 März Heracleae

(Ad Philippum vicarium urbis — *dat.* III non. Mart. Heracleae, Constantino *A. et C.* cons. X 4, 1.

Constantino *A. III et Licinio* cons. (313). Vgl. S. 35.

Das Jahr bestimmt durch den Ort. — Nachtrag zu IX 1, 4 (17 Sept. 325).

(Ad Bassum *pp.* — *pp.* VIII id. Mart. Byzantii II 10, 4.

Byzantii] Constantinopoli; vgl. S. 40. — Ders. Adress. 18 Juli u. 25 Sept.; vgl. 1 Oct. 315.

(8 März)

(Helladio — *pp.* III kal. Apr. *p. c.* Paulini et Juliani II 10, 3.

pp.] dat. Vgl. S. 38. — *Paulino et Juliano* cons. (325). Vgl. S. 37. Identisch mit II 10, 4, wodurch die Zeit bestimmt ist. Vgl. S. 206. — Ders. Adress. 17 Sept. 325.

(15 März)

(Ad Euagrium *pp.* — *pp.* id. Mart. Constantino *A. et C.* cons. XII 1, 1.

pp. fehlt; vgl. 17 Oct. 325. — Constantino *A. III et Licinio III* cons. (313). Vgl. S. 35. Das Jahr nach dem Adressaten bestimmt. — Ergänzung zu dem Gesetz vom 17 Oct. 325.

(Ad Dracilianum agentem vices praefectorum praetorio. — *pp.* Caesareae XV kal. Mai. *p. c.* Paulini et Juliani II 33, 1.

Paulino et Juliano cons. (325). Vgl. S. 37. — Am 7. Oct. 325 ist noch Maximus Vicarius Orientis; das Gesetz muss also später sein. — Der Adr. noch 1 Sept. u. Euseb. vit. Const. III 31.

(17 Apr.)

326

(25 Apr.)

Ad populum C. J. IV 32, 25.

Unterschrift fehlt, doch weist der ähnliche Gegenstand auf einen Zusammenhang mit II 33, 1 hin. Vgl. S. 206.

Ad Euagrium pp. — pp. Nicomediae VII kal. Mai. IX 7, 2.

Ueber d. Adress. s. 17 Oct. 325. — Das Gesetz ist vielleicht durch das Adulterium hervorgerufen, welches der Kaiser in diesem Jahre an seiner eigenen Frau und seinem Sohne Crispus zu rächen hatte. Idat. fast. 326. Sozom. I 5. Vgl. Zeitschr. f. wissensch. Theolog. XXXIII S. 71. Es setzt IX 1, 5 (22 Mai 321) voraus.

4 Mai

Helpidio pp. — dat. IV non. Mai. Constantino A. et C. cons. IX 21, 4.

pp. fehlt; vgl. 18 Apr. 321. — Constantino A. VIII et Constantio IV cons. (329). Vgl. S. 35. Das Jahr ist wegen des Adressaten geändert. — Milderung von IX 21, 2 (20 Nov. 321).

13 Mai Sirmii

Ad populum — dat. III id. Mai. Sirmio ipso A. VII et C. cons. II 16, 1 + III 30, 3 + C. J. V 72, 4.

III id. Mart. Theod. id. Mart. Just. — Sirmio fehlt Just. — ipso A. VII] II 16, 1. cp. VII Just. Constantino A. VII III 30, 3. — Constantio Caes. III 30, 3. Constante C. Just. Constantio Caes. IV II 16, 1. Vgl. S. 28. Die Aenderung des Monats durch den Ort geboten. — Ein verlorenes Fragment dieses Gesetzes scheint citirt III 1, 3.

(1 Juni)

Ad Ablabium pp. — pp. kal. Jun. XVI 2, 6.

Ders. Adress. 18 Sept., vgl. über ihn CIL. III S. 66; Hermes XXII S. 319. Larsow, Die Festbriefe des Athanasius S. 80. Sidon. epist. V 8. — In einer zweiten Praefectur, mit der er 331 das Consulat cumulierte, sind an ihn Gesetze vom 29 Nov. 330 — 13 Nov. 333 gerichtet. — Wird citirt XVI 2, 3 (18 Juli 326).

(14 Juni)

Ad populum — pp. XVIII kal. Jul. Caesareae, Constantino A. VII et C. cons. C. J. V 26, 1.

17 Juni Veronae

Mastichiano praefecto annonae — dat. XV k. Julias Veronae, ipso A. VII et C. cons. C. J. VI, 62, 1.

pp. XV k. lastronae Constantio A. VII et Constante cl. Caes. cons. (354) Haloander, der allein die Unterschrift erhalten hat. Auch nach der Reihenfolge der Constitutionen kann das Consulat nicht richtig sein. Vgl. S. 28. Von ähnlicher Tendenz V 2, 1 (1 Dec. 318).

6 Juli Mediolanii

Ad Tertullum Africae — dat. prid. non. Jul. Mediolano IX 21, 3.

Tertullum pu. Africae. Welcher Amtstitel zu ergänzen ist, bleibt ungewiss; vgl. S. 43.

(18 Juli)

Ad Bassum pp. — pp. XV kal. Aug. Constantino A. et Constantio C. cons. XVI 2, 3.

Constantino A. VI (320). Vgl. S. 32. — Ders. Adress. 8 März. — Citirt und ergänzt XVI 2, 6 (1 Juni 326).

21 Juli Romae

Einzug Constantins in Rom. S. 186.

25 Juli Romae

Feier der Vicennalien.

- Ad Severum pu. — recitata III non. Aug. in palatio X 8, 3.
Ueber d. Adress. s. 23 Mai 325. — Ein Gesetz ganz ähnlichen Inhalts, wie hier nach den Vicennalien, ist auch nach den Decennalien Constantins IV 13, 1 (Anf. Jan. 316) an den Praefectus Urbis erlassen worden.
- 3 Aug. Romae Ad Severum rationalem Africae — *sine die et cons.* X 1, 2.
pp. XVI kal. Jun. Romae in foro Traiani Constantino A. V et Licinio C. cons. (319). Die Unterschrift muss schon deshalb falsch sein, weil ein nach Afrika adressirtes Gesetz nicht in Rom ausgestellt sein kann; s. S. 13 u. 21. Der Inhalt zeigt die Zusammengehörigkeit mit dem vorhergehenden. Vgl. S. 206. Ueber d. Adress. vgl. 17 Juni 315.
- Ad Euagrium pp. — dat. III id. Aug. ipso A. et C. cons. VII 20, 7 = C. J. XII 46, 3.
Die Ueberschrift nennt den Constantius. — *pp.*] Just. pu. Theod. — Constantio A. VI et Constante II cons. (353). Das Jahr ist durch den Adressaten (s. 17 Oct. 325) und durch den Zusammenhang dieses Gesetzes mit dem folgenden bestimmt. Vgl. S. 28 und 35.
- 11 Aug. Ad universos veteranos — *pp.* III id. Oct. Byzantii, Constantino A. et C. cons. VII 20, 3.
pp.] dat. — Byzantii] Constantinopoli, vgl. S. 40. — Constantino A. VI et Constantio C. cons. (320). Vgl. S. 35. — Das Gesetz ist durch den Ort des Propositum, der 320 noch gar nicht im Besitze Constantins war, und durch den Hinweis auf das vorhergehende (*iuxta nostrum praeceptum*) datirt. Auch entspricht sein Inhalt den Zeitverhältnissen nach der Besiegung des Licinius, wo ein grosser Theil des Heeres entlassen war und die Veteranen sich beschäftigungslos herumtrieben.
- (1 Sept.) Ad Dracilianum vicarium Orientis — *pp.* kal. Sept. Beryto XVI 5, 1.
Titel fehlt; vgl. 17 Apr. — Beryto] Gerasto. — Dasselbe war für Afrika schon vor dem 15 April 313 bestimmt (Euseb. h. eccl. X 7; vgl. August. epist. 88, 2). Der Erlass eines Ketzergesetzes auch für den Orient passt in die Zeit bald nach dem Concil von Nicaea.
- 18 Sept. Ad Ablabium pp. — dat. XIV kal. Oct. XIII 5, 5.
Ders. Adress. 1 Juni. — Eine Bestimmung, welche 8 März 324 für Spanien gegeben war (XIII 5, 4; 8), wird auf das ganze Reich ausgedehnt.
- 25 Sept. Spoleti Ad Bassum pp. — dat. VII kal. Oct. Spoleti XVI 5, 2.
pp. fehlt; vgl. 8 März. — Knüpft an ein verlorenes Gesetz an, das um das J. 318 oder 319 gegeben zu sein scheint. Zeitschr. f. Kirchengesch. X S. 547.
- 23 Oct. Mediolanii Severo pu. — dat. X kal. Nov. Mediolano IV 22, 1.
pu. fehlt; vgl. 23 Mai 325.
- 22 Nov. Aquileiae Ad Euagrium pp. — dat. X kal. Dec. Aquileiae, Constantino A. VII et Constantio cons. C. J. II 19, 11.
Dec.] Oct. — Constantio A. VII (354). Das Jahr ist durch den Adressaten (s. 17 Oct. 325) und die Ueberschrift,

326

welche den Namen Constantins nennt, bestimmt. Die Aenderung des Monats durch den Ort geboten.

(Ad viros clarissimos praefectos praetorio — dat. VIII kal. Dec. ipso A. VII et C. cons. VI 27, 1 + VII 13, 1 + 21, 2 + VIII 4, 5 + 7, 4—6 + XII 1, 14 + 18.

Die Ueberschrift nennt Constantin XII 1, 14; 18, Constantius VI 27, 1; VII 13, 1; 21, 2; VIII 4, 5; 7, 4—6. — *viros clarissimos* fehlt VI 27, 1; VII 13, 1; 21, 2; VIII 7, 5; 6; XII 1, 14. — VIII kal. Dec.] XII 1, 14. VII kal. Dec. XII 1, 18. VIII id. Mart. VI 27, 1. prid. id. Mai. VIII 7, 4. kal. Mai. VII 21, 2. prid. non. Mai. VIII 4, 5. prid. non. Jul. VII 13, 1. prid. non. Oct. VIII 7, 6. XV kal. Jun. VIII 7, 5. — Constantino A. VII VIII 4, 5. XII 1, 14; Constantio A. VII VI 27, 1; VIII 7, 4—6. Constantio A. VI VII 13, 1; 21, 2. Constantino A. VIII XII 1, 18. — et C.] VII 13, 1. et Constantio C. XII 1, 14. et Constantio IV XII 1, 18. et Constante C. VI 27, 1. et Constante II VII 21, 2. et Constante Caes. II VIII 5, 4; 7, 4—6. Vgl. S. 28. — Die Zusammengehörigkeit der Fragmente ist durch die Ueberschrift und den übereinstimmenden Inhalt gesichert. Es ist eine detaillirtere Erneuerung des Gesetzes, welches 7—25 Oct. 325 erlassen war. Die Zeit bestimmt sich dadurch, dass XII 1, 18 für den Eintritt in die Curie noch die vorconstantinische Altersgrenze von 25 Jahren gilt (denn jedenfalls ist XXV für XXXV zu schreiben), welche auch VII 22, 2 (30 Juli 318) vorkommt, aber schon am 20 Febr. 329 (XII 1, 7; vgl. 19) auf 18 Jahre, und vom Constantius um 343 gar auf 16 herabgesetzt wurde (VII 22, 4). Dazu kommt die Uebereinstimmung dieses Gesetzes mit dem sicher datirten XII 1, 15, dessen Propositum uns auch bestimmt hat, von den überlieferten Daten das späteste zu wählen.

Ad Annium Tiberianum comitem *per Africam* — pp. XI kal. Mai. Karthagine Constantio et Maximo cons. (327) XII 1, 15.

per Africam fehlt; vgl. 30 Juli 325. — Der Inhalt stimmt mit dem des vorhergehenden Gesetzes überein und das Propositum passt gut zu dem Datum desselben. Vgl. S. 206.

31 Dec. Sirmii

Idem A. et Caes. ad populum — dat. prid. kal. Jan. Sirmio, ipso A. VII et Caes. cons. III 17, 2 + X 1, 5.

Ueberschrift fehlt X 1, 5. — Sirmio fehlt III 17, 2. — Constantino A. VII et Constantio C. cons. X 1, 5. Vgl. S. 28.

327 Constantio et Maximo cons.

21 Jan.

Ad Maximum pp. — dat. XII kal. Febr. I 5, 2.

Ders. Adress. 27 Sept. 29 Dec. 328; vgl. 3 Febr. 316. — Wird vorausgesetzt I 5, 3 (20 Oct. 331).

27 Febr. Thessalonicae

Acacio comiti Macedoniae — dat. III kal. Mart. Thessalonica XI 3, 2.

327

Ein gleichnamiger Comes, der aber im Orient thätig ist, bei Euseb. vit. Const. III 53, 2; 62, 1.

6 März

Juliano pu. — dat. prid non. Mart. acc. Romae VI 4, 2.

Der Adress. war Stadtpräfect 13 Nov. 326 — 7 Sept. 329; vgl. über ihn Seeck, Symmachus S. XCII. — Wird vorausgesetzt VI 4, 1 (9 März 329).

18 Mai Serdicae

Ad Afros. — dat. XV kal. Jun. Serdicae XI 7, 4.

Verschärft XI 9, 1 (31 Dec. 323); scheint vorausgesetzt zu werden XI 30, 14 (31 Juli 327).

11 Juni Byzantii

Ad Constantium pp. — dat. III id. Jun. *Byzantii* II 24, 2.

Byzantii] *Constantinopoli*; vgl. S. 40. u. 197. — Ueber d. Adress. s. 16 Dec. 324.

19 Juli

Ad Julianum pu. — dat. XIV kal. Aug. pp. Romae II 7, 2.

Ueber d. Adress. s. 6 März. — Citirt II 15, 1 + II 16, 2 (25 u. 26 Juli 319).

31 Juli

Victori rationali urbis Romae — dat. prid. kal. Aug. XI 30, 14.

Ist vielleicht durch die Erfahrungen, welche man bei der Ausführung von XI 7, 4 (18 Mai 327) machte, hervorgerufen.

3 Aug. Heracleae

Ad Julianum pu. — dat. III non. Aug. Heracleae, p. c. Constantini A. VII et Constantii C. XI 30, 13 + III 32, 2 = C. J. VII 62, 17.

III 32, 2 ist von der Unterschrift nur *dat.*, von der Ueberschrift nur *impp.* erhalten, doch zeigt der Inhalt, dass das Gesetz an einen Stadtpräfecten gerichtet sein und mit XI 30, 13 zusammenhängen muss. C. J. VII 62, 17 bietet denn auch die richtige Ueberschrift, die Unterschrift fehlt auch hier. C. J. V 71, 18 ist ein anderes Stück von C. Th. III 32, 2 erhalten, doch Ueberschrift und Unterschrift sind nicht zugehörig, sondern III 32, 1 entnommen. — *Constantino A. VII et Constantio Caes. III cons.* XI 30, 13. Die Reihenfolge der Constitutionen zeigt, dass damit 326 gemeint ist; doch am 3 Aug. dieses Jahres war weder der Adressat im Amte (vgl. 6 März), noch kann Constantin in Heraklea gewesen sein. Vgl. S. 37. — III 32, 2 scheint mit XI 30, 14 (31 Juli 327) zusammenzuhängen; XI 30, 13 wird interpretirt XI 30, 18 (19 Juni 329).

Helenopoli Gründung von Helenopolis. S. 195.

328 Januarino et Justo cons.

1 März Nicomediae

Ad Cerealem praefectum annonae — dat. kal. Mart. Nicomediae, acc. VIII id. Apr. Romae XIV 24, 1.

(17 Apr.)

Tod des Alexander, Bischof von Alexandria, Larsow, Die Festbriefe des h. Athanasius. S. 26.

328

(24 Apr.)

Ad edictum Chalcedonensium et Macedoniensium
— acc. VIII kal. Mai. *sine cons.* XI 16, 3.

Crispo III et Constantino III AA. cons. (324). Vgl. S. 21. Die Ueberschrift zeigt, dass das Gesetz zu einer Zeit gegeben ist, wo Constantin bereits Herr im Orient war, also nach dem 18 Sept. 324. Denn dass es von Licinius herrühre, ist deshalb unwahrscheinlich, weil dieser im April 324 bereits den Krieg gegen Constantin begonnen hatte und keine Zeit zur Gesetzgebung gehabt haben wird (vgl. auch S. 181). Wegen der Identität des Inhalts und des passenden Verhältnisses der Proposita habe ich es mit XI 16, 4 zusammengestellt. — Dieselbe Bestimmung weiter ausgedehnt XI 1, 3 (9 Oct. 336).

Ad Aemilianum pp. — lecta VII id. Mai. Romae
XI 16, 4.

(8 Juni)

Ordination des Athanasius zum Bischof von Alexandria; vgl. 17 April.

5 Juli Oesci

Dat. III non. Jul. Yscoi VI 35, 5.

Der Ort ist von Goth. mit Recht auf Oescus am Einfluss der Iskra in die Donau bezogen worden. Die Subscription ist einem nicht dazu gehörigen Gesetze angehängt; vgl. 27 April 319 u. S. 25.

27 Sept. Treviris

Ad Maximum pp. — dat. V kal. Oct. Treviris,
p. c. Constantii et Maximi I 4, 2.

pp. fehlt; vgl. 21 Jan. 327. — *Constantino et Maximo cons.* (327). Vgl. S. 37. 327 kann Constantin nicht in Trier gewesen sein, 328 ist diese Möglichkeit nicht ausgeschlossen (vgl. 29 Dec. u. S. 195). — Scheint durch Zweifel veranlasst zu sein, welche I 4, 1 (14 Sept. 321) hervorgerufen hatte.

(21 Oct.)

Ad Dionysium *consularem Phoenices*. — pp. Tyri
XII kal. Nov. IX 34, 4.

Titel fehlt. Ders. Adress. 14 März 329. Als er 336 der Synode von Tyrus präsidirte, war er *ex consulari* (Euseb. vit. Const. IV 42; 44; Soer. I 28; Athan. apol. 71 ff.). Damit ist sein Amt gegeben und die Provinz wird durch den Ort der Proposita bestimmt. — Wiederholung von IX 34, 3 u. GL. V 2781 (4 Dec. 320).

29 Dec. Treviris

Maximo pp. — dat. IV kal. Jan. Treviris I 16, 4
+ VII 20, 5.

Ueber d. Adress. s. 21 Jan. 327.

329 Constantino A. VIII et Constantino C. IV cons.

(20 Febr.)

Ad edictum — pp. X kal. Mart. Constantino A.
et C. cons. XII 1, 7.

Constantino A. VI et Constantio C. cons. (320). Vgl. S. 35. — Ist jünger als XII 1, 18 (24 Nov. 326); denn dass die neue Altersgrenze für das Decurionat nicht in der Provinz Karthago allein eingeführt worden ist, sondern entsprechende Bestimmungen auch für das übrige Reich erlassen wurden, zeigt XII 1, 19 (4 Aug. 331).

9 März Sirmii

Juliano pu. — dat. VII id. Mart. Sirmio, Constantino A. *et C. cons.* VI 4, 1.

Aeliano. — Constantino A. VI et Constantio C. cons. (320). Vgl. S. 35. Dass das Gesetz wirklich an einen Stadtpräfekten gerichtet ist, zeigt der Inhalt, und ein Aelianus hat dies Amt weder unter Constantin noch unter Constantius bekleidet. Ueber Julianus s. 6 März 327. — Dehnt die am 6. März 327 (VI 4, 2) für Consuln und Prätores gegebene Vergünstigung mit entsprechenden Modificationen auch auf die Quästoren aus, ist also jünger.

(14 März)

Ad Dionysium consularem Phoenices — pp. prid. id. Mart. Heliopoli, ipso A. et C. cons. VIII 18, 4 + C. J. VI 9, 8.

Die Ueberschrift nennt den Constantius Theod., den Constantinus Just. — Titel fehlt; vgl. 21 Oct. 328. — *pp.] Theod. dat. Just. — Constantio A. II et Constante cons.* (339). Theod. *Constantio A. et Constant. C. cons.* Just. Vgl. S. 35. — Die Anfangsworte: *cretionis observantiam praecepimus* (*praecipimus* d. Hdschr.) *removeri* beziehen sich auf VIII 18, 1 (17 Juni 315) und zeigen, dass auch dies Gesetz von Constantin ist. Das Jahr ist durch den Adressaten (s. 21 Oct. 328) bestimmt.

29 Mai Serdicae

Ad populum — dat. IV kal. Jun. Serdicae, Constantino A. et C. cons. IX 9, 1.

Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326). Vgl. S. 35. Der Ort gestattet auch, das Gesetz 320 anzusetzen, doch steht seine Strenge mit der Milde, welche IV 11, 3 (31 Jan. 320) bei einem ganz ähnlichen Vergehen walten lässt, so sehr im Widerspruch, dass es sich empfiehlt, diese beiden Gesetze weiter auseinander zu rücken.

19 Juni Serdicae

Anicio Juliano pu. — dat. XIII kal. Jul. Serdicae, pp. VI kal. Aug. Romae, ipso A. et C. cons. XI 30, 18.

Die Ueberschrift nennt den Constantius. — *Constantio A. II et Constante cons.* (339). Vgl. S. 35. Das Jahr ist durch Adressat (s. 6 März 327) und Ort gesichert. — Interpretation von XI 30, 13 (3 Aug. 327).

21 Juli

Flaviae Aprillae — subscripta XII kal. Aug. Constantino Aug. VIII cons. Vat. 34.

Aug. III (313). Vgl. S. 30. — Das Rescript verweist auf V 8, 1 (18 Aug. 320); danach kann das Consulat nur auf 326 oder 329 gedeutet werden, und da Constantin am 21 Juli 326 gerade seinen Einzug in Rom hielt, so ist es unwahrscheinlich, dass er an demselben Tage ein Rescript erlassen habe.

13 Aug. Mursellae

Ad Euagrium pp. — dat. id. Aug. Murgillo, ipso A. et C. cons. XVI 8, 1 + 6 + 9, 2.

Die Ueberschrift nennt den Constantius XVI 8, 6; 9, 2. — *pp. fehlt XVI 8, 6; 9, 2. — id. Aug.] XVI 8, 6; 9, 2. XV kal. Nov. XVI 8, 1. — Constantp A. cons.* XVI 9, 2 (vgl. S. 40). *Constantio A. II cons.* (339) XVI 8, 6. *Constantino A. IV et Licinio IV cons.* (315) XVI 8, 1. Adressat (s. 17 Oct. 325) und Ort passen weder auf 315 noch auf 339 und lassen sich überhaupt in keinem Kaiser-

329

- consulat passend unterbringen, ausser in diesem (vgl. S. 35). — Wird citirt Sirm. 4 (21 Oct. 335).
- 18 Sept. Naissi Ad Euagrium pp. — dat. XIV kal. Oct. Naisso, acc. VIII id. Nov. *ipso A. et C. IV* cons. XIV 8, 1.
Constantino A. IV et Licinio IV cons. (315). Von diesem Gesetz gilt das gleiche wie von dem vorhergehenden.
- (24 Sept.) Ad populum — pp. VIII kal. Oct. Romae C. J. I 19, 3.
- 29 Sept. Serdicae Dat. III kal. Oct. Serdicae XII 1, 16.

330 Gallicano et Symmacho cons.

- 5 Febr. Serdicae Dat. non. Febr. Serdicae XVI 2, 7.
 Die Subscription ist einem Gesetz angehängt, zu dem sie nicht gehört; vgl. 31 Oct. 313.
- 22 Febr. Bessaparae { Ad Tertullianum v. p. comitem dioeceseos Asianae. — dat. VIII kal. Mart. Bess. II 26, 1 = C. J. III 39, 3.
Bessi Iust., fehlt Theod. Gemeint ist wohl Bessapara, das nach den Itineraren zwischen Serdica und Philippopolis lag.
 Ad Bassum pp. — lecta apud acta XII kal. Jul. II, 26, 2.
 Ders. Adress. 28 Febr. u. 20 Oct. 331; vgl. 1 Oct. 315. — Hängt seinem Inhalte nach mit dem vorhergehenden Gesetz zusammen. Vgl. S. 206.
- 11 Mai Constanti- Einweihungsfeier der neuen Hauptstadt. S. 196.
- 18 Mai nopoli Ad Maximilianum consularem aquarum — dat. XV kal. Jun. XV 2, 1.
- 16 Juli Constanti- Dat. XVII kal. Aug. Constantinopoli Vat. 248.
- 29 Nov. Constanti- { Ad Ablabium pp. — dat. III kal. Dec. Constanti-
 nopoli XVI 8, 2.
 Ders. Adress. 17 Apr., 5 Mai 331, 5 Mai, 13 Nov. 333; vgl. 1 Juni 326.
- 1 Dec. Constanti- { Hiereis et archisynagogis et patribus synagogarum
 tinopoli et ceteris qui in eodem loco deserviunt. — dat. kal. Dec. Constantinopoli, acc. Basso et Ablabio cons. (331) XVI 8, 4.
Constantinopoli Basso ohne Lücke. Vgl. S. 39. Ist identisch mit dem vorhergehenden Gesetz, weshalb ich sie verbunden habe. Vgl. S. 206. — Beschränkt XVI 8, 3 (11 Dec. 321).

331 Basso et Ablabio cons.

- 28 Febr. Ad Bassum pp. — dat. prid. kal. Mart. IV 8, 7.
 Ueber d. Adress. s. 22 Febr. 330.

331

- 17 Apr. Constanti- Ad Ablabium pp. — dat. XV kal. Mai. Constanti-
nopoly V 7, 1 + XI 27, 1.
pp. fehlt XI 27, 1. — *dat.* III id. Mai. Naisso, Con-
stantino A. IV et Licinio IV AA. cons. (315) XI 27, 1. Dass
die beiden Fragmente zusammengehören, zeigt die Gleich-
heit des Adressaten und des Gegenstandes (vgl. S. 25). —
Ueber den Adress. s. 29 Nov. 330. — XI 27, 1 dehnt XI
27, 2, welches am 6. Juli 322 für Africa publicirt war, auch
auf Italien aus; V 7, 1 ändert V 8, 1 (18 Aug. 320), das
noch am 21 Juli 329 als in Geltung befindlich anerkannt
wird (Vat. 34).
- 5 Mai Ad Ablabium pp. — dat. III non. Mai. III 16, 1.
Ueber den Adress. s. 29 Nov. 330.
- 30 Juni Constanti- Act. prid. kal. Julias Constantinopoli — Imp. Caes.
nopoly Constantinus Maximus Goth. victor ac triumphator
Aug. et Fl. Cla. Constantinus Alaman. et Fl.
Jul. Constantius nbb. Caess. salutem dicunt or-
dini civit. Orcistanorum. Hermes XXII S. 318.
- (1 Juli) Acc. kal. Jul. Treviris VIII 1, 2.
acc.] dat. Vgl. S. 38. — Scheint VIII 7, 1 (8 März 315)
vorauszusetzen.
- 1 Aug. Ad universos provinciales — dat. kal. Aug. pp.
kal. Sept. Constantinopoli I 16, 6 + 7 + II
26, 3 + III 30, 4 + IV 5, 1 + XI 30, 16 +
17 + 34, 1 + C. J. III 13, 4 + 19, 2.
universos fehlt I 16, 6; 7; IV 5, 1. — Datum fehlt I
16, 6; 7; C. J. III 13, 4. Propositum fehlt II 26, 3; III, 30, 4;
IV 5, 1; C. J. III 19, 2. — X kal. Aug. C. J. III 19, 2, nur
durch Haloander überliefert. — *pp.] data* I 16, 7. — *Sept.]*
Oct. C. J. III 13, 4. *Nov.* I 16, 6; 7. — *Constantinopoli*
fehlt XI 34, 1; C. J. III 13, 4. — XI 30, 17 und 34, 1 ver-
schärfen IV 16, 1 (26 Dec. 319).
- 4 Aug. Ad Euagrium pp. — dat. prid. non. Aug. VII
22, 3 + XII 1, 19 + 20.
pp. fehlt VII 22, 3. — *non.]* VII 22, 3; XII 1, 19; *id.* XII
1, 20. — Ueber den Adress. s. 17 Oct. 325. — XII 1, 19 setzt
XII 1, 7 (20 Febr. 329) voraus und citirt VII 22, 2 (30 Juli 318).
- 6 Oct. Dat. prid. non. Oct. IV 11, 5.
Hebt eine Bestimmung auf, die noch IV 11, 2 (28 Jan.
317) anerkannt wird.
- 20 Oct. Ad Bassum pp. — dat. XIII kal. Nov. I 5, 3.
Ueber d. Adress. s. 22 Febr. 330. — Knüpft an I 5, 2
(21 Jan. 327) an.
- Psammathiae In Psammathia, einer Vorstadt Nicomedias, ertheilte
Constantin im Winter 331/32 dem Athanasius
Audienz. S. 198.

332 Pacatiano et Hilariano cons..

- 12 Apr. Marciano- Ad Pacatianum pp. — dat. prid. id. Apr. Marcia-
nopoly nopoly III 5, 4 + 5.

332

- pp.] pu.* Vgl. S. 43. Ders. Adress. 8 März, 5 Juli 334, 17 April 335. Es ist der Consul dieses Jahres; vgl. 20 Nov. 319.
- (20 Apr.) Sieg des jüngeren Constantin über die Gothen jenseit der Donau. S. 198.
- 30 Mai? Ad Maximum *pp.* — dat. III . . . Jun. C. J. VI 36, 7.
Ders. Adress. 5 Mai 333; vgl. 3 Febr. 316. — Scheint Interpretation von C. J. VI 23, 15 und 37, 21 (31 Jan. 320) zu sein.
- 17 Oct. Constantinopoli { Ad Tiberianum comitem Hispaniarum — dat. XVI kal. Nov. Constantinopoli C. J. VI 1, 6.
Ueber den Adressaten s. 30 Juli 325.
- 26 Oct. Constantinopoli { Dat. VII kal. Nov. Constantinopoli IV, 8, 8.
- 30 Oct. { Ad provinciales — dat. III kal. Nov. V 9, 1.
Alle drei Fragmente gehören ihrem Inhalte nach zusammen. Vgl. S. 206.

333 Dalmatio et Zenophilo conss.

- 18 Apr. Constantinopoli Felici *pp.* — dat. XIV kal. Mai. Constantinopoli III 30, 5.
pp. fehlt. Ders. Adress. 19 Oct. 333, 4 Aug., 7 Sept. 334, 21 Oct. 335; vgl. 24 Oct. 318. — Ueber den Inhalt vgl. 17 Apr. 321.
- 4 Mai Constantinopoli Idem A. et C. ad Severum comitem Hispaniarum — dat. IV non. Mai. Constantinopoli VIII 12, 5 + XI 39, 2.
et C. fehlt VIII 12, 5. — Ders. Adress. 30 März 334; vgl. 17 Juni 315. — Citirt VIII 12, 4 (1 Oct. 315) und Vat. 249 (3 Febr. 316).
- 5 Mai Constantinopoli { Ad Ablabium *pp.* — dat. III non. Mai. Constantinopoli Sirm. 1.
Das Consulat ist festgestellt durch Schulte, *Constitutio Constantini ad Ablavium*, Festschr. f. Windscheid. Bonn 1888. — Ueber d. Adress. s. 29 Nov. 330. — Citirt I 27, 1 (23 Juni 318).
Ad Maximum *pp.* — emissa III non. Mai. VIII 1, 3.
Ueber d. Adress. vgl. 30 Mai 332.
- 19 Oct. Aquis Have Felix carissime nobis — dat. XIV kal. Nov. Aquis I 32, 1 + VII 4, 1.
Ad Felice I 32, 1. — XIV ist zerstört I 32, 1. — *Aquil.* I 32, 1. — *Dalmatio et Zenone filio* I 32, 1. *Paulino et Juliano* (325) VII 4, 1. Vgl. S. 21. — Ueber d. Adress. s. 18 Apr. — Aquae sind die heißen Quellen in der Nähe Constantinopels, wo der Kaiser noch kurz vor seinem Tode Heilung suchte. Euseb. vit. Const. IV 61, 1.
- 11 Nov. Aquis Ad Barbarum Pompeianum consularem Campaniae — dat. III id. Nov. Aquis I 2, 6.
Derselbe Beamte CIL. X 1199.

333

13 Nov.

Ablabio pp. — dat. et pp. id. Nov. VII 22, 5.

Ueber d. Adress. s. 29 Nov. 330. — Wiederholung von VII 22, 2 (30 Juli 318).

25 Dec. Constanti-
nopolis

Ernennung des Constans zum Cäsar. S. 198.

334 Optato et Paulino cons.

(8 März)

Ad Pacatianum pp. — pp. VIII id. Mart. Roma XIV 4, 1.

pp.] dat. Vgl. S. 38. — Ueber d. Adress. s. 12 Apr. 332. — Setzt XIII 5, 3 (30 Dec. 313) voraus.

30 März Constanti-
nopolis

Ad Severum comitem Hispaniarum — dat. III kal.

Apr. Constantinopoli VIII 18, 3.

dat.] pp. Vgl. S. 13. — Ueber d. Adress. s. 4 Mai 333. — Setzt VIII 18, 1 u. 2 (17 Juni 315) voraus.

29 Apr.

Gerulo rationali trium provinciarum — dat. III kal.

Mai. Proculo et Paulino cons. II 25, 1.

Ob Proculus ein anderer Name des Optatus, ob ein Consul suffectus ist, wage ich nicht zu entscheiden. Im letzteren Falle liesse sich das Gesetz auch dem J. 325 zuschreiben.

7 Mai Constanti-
nopolis

Ad Beronicianum vicarium Asiae — dat. non. Mai.

Constantinopoli, acc. XIV kal. Jun. VIII 1, 4 + 15, 2 + XI 16, 6.

XI 16, 6 nennt die Ueberschrift den Constantius und Constans. — dat. non. Mai. Constantinopoli Constantio IV et Constante III AA. cons. (346) XI 16, 6; dat. XIV kal. Jun. Optato et Paulino cons. VIII 1, 4; 15, 2. Vgl. S. 21. Dass ein Beamter zwölf Jahre und noch dazu unter verschiedenen Herrschern dieselbe Stelle bekleidet, kommt sonst nie vor; das eine der beiden Consulate muss also falsch sein. Die beiden ersten Fragmente richten sich gegen die Bedrückungen der Steuerbeamten, das dritte befreit die Palatini und die Bürger von Constantinopel von gewissen Lasten. Zwischen ihnen besteht also insofern ein Zusammenhang, als sie alle drei sich mit der Steuererhebung beschäftigen. Da ausserdem XI 16, 6 sich am passendsten der Zeit bald nach der Gründung Constantinopels zuschreiben lässt, so haben wir die Fragmente vereinigt.

17 Juni Constanti-
nopolis

Andronico — dat. XV kal. Jul. Constantinopoli

I 22, 2.

5 Juli Singiduni

Ad Pacatianum pp. — dat. III non. Jul. Singiduno X 15, 2.

Ueber d. Adress. s. 12 April 332. — Die überaus schnelle Reise von Constantinopel nach Belgrad erklärt sich vielleicht aus der Kriegsgefahr, mit welcher der Uebertritt der Sarmaten auf römisches Gebiet das Reich bedrohte (s. S. 198). Doch ist es auch möglich, dass in dem vorhergehenden Gesetz Jun. für Jul. oder in diesem III id. statt III non. zu schreiben ist.

4 Aug. Viminacii

Ad Felicem pp. — dat. prid. non. Aug. Viminacio,

pp. Constantio et Albino cons. (335) XII 1, 21.

334

Viminacio Constantio ohne Lücke. Die Aenderung ist durch den Ort geboten. Da das Gesetz sich auf Afrika bezieht und jedenfalls in Karthago publicirt ist, so kann der lange Zwischenraum zwischen Datum und Propositum keinen Anstoss erregen (vgl. S. 39). — Ueber d. Adress. s. 18 April 333. — Weiter ausgedehnt XII 5, 2 (21 Mai 337).

25 Aug. Naissi

Ad Julianum praesidem — dat. VIII kal. Sept. Naisso XI 39, 3.

(7 Sept.)

Ad Felicem *pp.* — *pp.* VII id. Sept. Karthagine XIII 4, 1 + 5, 6.

pp. fehlt; vgl. 18 Apr. 333. — VI kal. XIII 4, 1. — XIII 4, 1 wird verallgemeinert XIII 4, 2 (2 Aug. 337).

23 Oct. Nicopoli

Ad Periclem praesidem — dat. X kal. Nov. Nicopoli, *acc.* Constantio et Albino cons. (335) C. J. I 40, 4.

Nicopoli Constantio ohne Lücke. Die Aenderung durch den Ort geboten; vgl. S. 39.

(1 Dec.)

Naviculariis Orientis — *acc.* kal. Dec. XIII 5, 7.

Erwähnt der Einweihung Constantinopels (11 Mai 330) als nicht sehr lange vorhergegangen.

335 Constantio et Albino cons.

22 März Constanti-
nopoli

Ad provinciales — dat. XI kal. Apr. Constantino-
poli X 10, 3.

17 Apr. Constanti-
nopoli

Ad Pacatianum *pp.* — dat. XV kal. Mai. Con-
stantinopoli VIII 9, 1.

pp. fehlt; vgl. 12 April 332.

(11 Juli)

Athanasius reist zur Synode von Tyrus. Larsow
S. 28.

15 Juli Constanti-
nopoli

Ad Tiberianum vicarium Hispaniarum — dat. id.
Jul. Constantinopoli, *acc.* XIV kal. Mai. Hispali
Nepotiano et Facundo cons. (336) III 5, 6.

Ueber den Adress. s. 30 Juli 325. — Ueber den Zwischen-
raum zwischen Datum und Acceptum vgl. S. 39, Anm. 1. —
Aendert III 5, 2 (16 Oct. 319).

25 Juli Constanti-
nopoli

Feier der Tricennalien. S. 198.

18 Sept.

Ernennung des Dalmatius zum Cäsar. Idat. fast.

21 Oct. Constanti-
nopoli

Ad Felicem *pp.* — dat. XII kal. Nov. Constanti-
nopoli, *pp.* VII id. Mart. Karthagine Nepotiano
et Facundo cons. (336) XVI 8, 5 + 9, 1 +
C. J. IX 62, 4 = Sirm. 4.

Datum und Consulat fehlen Just. — *Constantinopoli*
fehlt Sirm. — VII id. Mart.] Just. Sirm. VII id. Mai.
XVI 9, 1. VIII id. Mai. XVI 8, 5. — Ueber d. Adress.
s. 18 Apr. 333. — Sirm. 4 wiederholt und citirt das Gesetz
vom 13 Aug. 329.

7 Nov. Constanti-
nopoli

Constantin empfängt den Athanasius und verurtheilt
ihn zum Exil. S. 199.

335
(31 Dec.)

Tod des Silvester, Bischofs von Rom. Chronogr. von 354.

Nach der Zahl der Jahre und Monate, welche ihm zugeschrieben werden, ist für *kl. Jan.* zu schreiben *prid. kal. Jan.*

336 Nepotiano et Facundo cons.

18 Jan.

Marcus wird zum Bischof von Rom ordinirt. Chronogr. v. 354.

15 März
(29 Apr.)

Ad Calpurnianum — dat. id. Mart. C. J. III 8, 4.
Lecta III kal. Mai. Karthagine IV, 6, 2.

Das Gesetz richtet sich gegen den Bastard des Licinius. Vgl. Zeitschr. f. wissensch. Theolog. XXXIII S. 73.

(21 Juli)

Ad Gregorium *pp.* — lecta XII kal. Aug. Karthagine IV 6, 3.

pp. fehlt. — Ders. Adress. 9 Oct. 336, 4 Febr. 337; vgl. Optat. III 3; 10. — Wiederholung des vorhergehenden Gesetzes.

22 Aug. Constanti-
nopolis

Dat. XI kal. Sept. Constantinopoli XII 1, 22.

Die Subscription steht bei einem Gesetze, zu dem sie nicht gehört; vgl. 17 Oct. 325.

(7 Oct.)

Tod des Marcus, Bischofs von Rom. Chronogr. von 354.

9 Oct.

Gregorio *pp.* — dat. VII id. Oct. XI 1, 3.

Ueber d. Adress. s. 21 Juli. — Weitere Ausdehnung von XI 16, 3 u. 4 (24 Apr. 328).

337 Feliciano et Titiano cons.

4 Febr. Constanti-
nopolis

Ad Gregorium *pp.* — dat. prid. non. Febr. Constantinopoli III 1, 2.

pp. fehlt; vgl. 21 Juli 336. — Wörtliche Wiederholung von Vat. 35 (29 Aug. 315). Vgl. S. 201.

(6 Febr.)

Julius wird zum Bischof von Rom ordinirt. Chronogr. v. 354.

24 Febr.

Ursicino duci Mesopotamiae — dat. VI kal. Mart. C. J. IV 42, 1.

Ursino. — Die Consuln fehlen. — Der Adressat ist jedenfalls derselbe Ursicinus, den Amm. XVIII 6, 1 als *longo usu bellandi artis Persicae scientissimum* rühmt; denn Mesopotamien war gerade die Provinz, wo man persischen Kriegsbrauch lernen konnte. Da er in den fünfziger Jahren Magister equitum war, so muss sein Ducat den allerletzten Zeiten Constantins angehören; ob gerade dem J. 337 bleibt allerdings zweifelhaft.

3 Apr. Constanti-
nopolis

Constantin feiert das Osterfest in seiner Hauptstadt. S. 199.

Aquis Vgl. 19 Oct. 333.

Helenopoli Euseb. vit. Const. IV 61, 1.

337

(21 Mai)

Ad concilium provinciae Africae — pp. XII kal.
Jun. Karthagine XII 5, 2.

Dehnt XII 1, 21 (4 Aug. 334) weiter aus.

22 Mai Ancyron
(2 Aug.)

Tod Constantins in Ancyro bei Nicomedia. S. 199.

Ad Maximum — *acc.* IV non. Aug. XIII 4, 2.*acc.] dat.* Vgl. S. 38. — Ueber den Adress. s. 3 Febr.
316. — Verallgemeinert XIII 4, 1 (7 Sept. 334).

Um die Benutzung dieser Tabelle zu erleichtern, lassen wir ihr ein Verzeichniss der Gesetze Constantins folgen, das in der Reihenfolge der Bücher und Titel bei jedem angiebt, unter welchem Datum man es zu suchen hat. Wo die Subscriptionen durch Conjectur geändert sind, ist dies durch cur-siven Druck der betreffenden Daten angedeutet.

Codex Theodosianus.

| I | II | III |
|--------------------------|-----------------------------------|-----------------------|
| 1, 1 26 Juli 322 | 8, 1 18 Apr. 321 | 5, 5 12 Apr. 332 |
| 2, 1 30 Dec. 313 | 9, 1 von Constantius s. S. 27 | 6 15 Juli 335 |
| 2 29 Aug. 315 | 10, 1 1 Nov. 319 | 16, 1 5 Mai 331 |
| 3 3 Dec. 315 | 2 1 Nov. 319 | 17, 1 12 Oct. 318 |
| 4 13 Dec. 319 | 3 8 März 326 | 2 31 Dec. 326 |
| 5 23 Mai 325 | 4 8 März 326 | 30, 1 26 März 314 |
| 6 11 Nov. 333 | 11, 1 28 Juli 320 | 2 3 Febr. 316 |
| 4, 1 14 Sept. 321 | 15, 1 25 Juli 319 | 3 13 Mai 326 |
| 2 27 Sept. 328 | 16, 1 13 Mai 326 | 4 1 Aug. 331 |
| 5, 1 17 Sept. 325 | 2 26 Juli 319 | 5 18 Apr. 333 |
| 2 21 Jan. 327 | 17, 1 9 Apr. 324 | 32, 1 18 Dec. 322 |
| 3 20 Oct. 331 | 18, 1 12 Juni 321 | 2 3 Aug. 327 |
| 12, 1 8 Nov. 313 | 2 23 Mai 322 | IV |
| 2 26 Dec. 319 | 3 23 Mai 325 | 4, 1 scheint von Con- |
| 3 1 Oct. 313 | 19, 1 13 Apr. 319 | stantius zu sein. |
| 15, 1 25 Febr. 325 | 2 6 Febr. 321 | 5, 1 1 Aug. 331 |
| 16, 1 3 Aug. 313 | 3 26 Juli 313 | 6, 2 29 Apr. 336 |
| 2 24 Sept. 317 | 22, 1 30 Jan. 320 | 3 21 Juli 336 |
| 3 24 Oct. 318 | 24, 1 20 Mai 321 | 7, 1 18 Apr. 321 |
| 4 29 Dec. 328 | 2 11 Juni 327 | 8, 4 12 Juni 322 |
| 5 von Julian s. S. 41 | 25, 1 29 Apr. 334 | 5 20 Juli 322 |
| 6 1 Aug. 331 | 26, 1 22 Febr. 330 | 6 15 Febr. 323 |
| 7 1 Aug. 331 | 2 22 Febr. 330 | 7 28 Febr. 331 |
| 22, 1 11 Jan. 316 | 3 1 Aug. 331 | 8 26 Oct. 332 |
| 2 17 Juni 334 | 30, 1 2 Juni 315 | 9, 1 15 Juli 319 |
| 27, 1 23 Juni 318 | 33, 1 17 Apr. 326 | 10, 1 26 Juli 313 |
| 32, 1 19 Oct. 333 | III | 11, 1 1 Apr. 314 |
| II | 1, 1 13 Aug. 318 | 2 28 Jan. 317 |
| 4, 1 4 Febr. 318 | 2 4 Febr. 337 | 3 31 Jan. 320 |
| 2 23 Mai 322 | 2, 1 31 Jan. 320 | 4 Ende Aug. 320 |
| 6, 1 6 Mai 316 | 5, 1 von Constantius s. S. 27. | 5 6 Oct. 331 |
| 2 24 Oct. 318 | 2 16 Oct. 319 | 12, 1 1 Juli 321 |
| 3 20 Mai 321 | 3 28 Apr. 317 | 2 11 Jan. 321 |
| 7, 1 6 März 314 | 4 12 Apr. 332 | 3 1 Aug. 321 |
| 2 19 Juli 327 | | 13, 1 Anf. Jan. 316 |
| | | 16, 1 26 Dec. 319 |
| | | 22, 1 23 Oct. 326 |

| | | | | | | | | | | | |
|-------|--------------------|---------|--|-------|------------------|-----|--|-------|--------------------|-----|--|
| V | | | | VIII | | | | IX | | | |
| 1, 1 | 20 Mai | 321 | | | tius als ein von | | | | mit IX 21, 5, das | | |
| 2, 1 | 1 Dec. | 318 | | | ihm gegebenes | | | | von Constantius | | |
| 6, 1 | 19 März | 314 | | | Gesetz citirt. | | | | herrührt. | | |
| 7, 1 | 17 Apr. | 331 | | 5, 4 | 22 Juni | 320 | | 24, 1 | 1 Apr. | 318 | |
| 8, 1 | 18 Aug. | 320 | | 7, 1 | 8 März | 315 | | 34, 1 | 29 März | 319 | |
| 9, 1 | 30 Oct. | 332 | | 2 | nach Adressat | | | 2 | 8 Nov. | 313 | |
| VI | | | | | und Ort von | | | 3 | 4 Dec. | 320 | |
| 4, 1 | 9 März | 329 | | | Constantius. | | | 4 | 21 Oct. | 328 | |
| 2 | 6 März | 327 | | 4 | 24 Nov. | 326 | | 37, 1 | 26 Nov. | 319 | |
| 22, 1 | 23 Jan. | 324 | | 5 | 24 Nov. | 326 | | 38, 1 | 30 Oct. | 322 | |
| 27, 1 | 24 Nov. | 326 | | 6 | 24 Nov. | 326 | | 40, 1 | 3 Nov. | 313 | |
| 35, 1 | 29 Oct. | 313 | | 9, 1 | 17 Apr. | 335 | | 2 | 21 März | 316 | |
| 2 | 24 Apr. | 319 | | 10, 1 | 8 Nov. | 313 | | 3 | 29 Juli | 319 | |
| 3 | 27 Apr. | 319 | | 12, 1 | 3 Febr. | 316 | | 42, 1 | 27 Febr. | 321 | |
| 4 | 15 März | 321 | | 2 | 17 Apr. | 317 | | 43, 1 | 14 Sept. | 321 | |
| 5 | 27 Apr. | 319 | | 3 | 1 Mai | 317 | | X | | | |
| 15 | 27 Apr. | 319 | | 4 | 1 Oct. | 315 | | 1, 1 | 13 Sept. | 315 | |
| 37, 1 | Ders. Adressat | | | 5 | 4 Mai | 333 | | 2 | 3 Aug. | 326 | |
| | 28 Apr. | 317 | | 15, 1 | undatirbar. | | | 3 | 30 Mai | 319 | |
| VII | | | | 2 | 7 Mai | 334 | | 4 | 19 Mai | 320 | |
| 1, 1 | 28 Apr. | 323 | | 16, 1 | 31 Jan. | 320 | | 5 | 31 Dec. | 326 | |
| 4, 1 | 19 Oct. | 333 | | 18, 1 | 17 Juni | 315 | | 4, 1 | 5 März | 326 | |
| 12, 1 | 28 Apr. | 323 | | 2 | 17 Juni | 315 | | 7, 1 | 21 Juli | 317 | |
| 13, 1 | 24 Nov. | 326 | | 3 | 30 März | 334 | | | von Licinius. | | |
| 20, 1 | 25 Oct. | 325 | | 4 | 14 März | 329 | | 8, 1 | 10 März | 313 | |
| 2 | 25 Oct. | 325 | | IX | | | | 2 | 11 März | 319 | |
| 3 | 11 Aug. | 326 | | 1, 1 | 4 Dec. | 316 | | 3 | 3 Aug. | 326 | |
| 4 | 7 Oct. | 325 | | 2 | 13 Juni | 319 | | 10, 1 | 18 Jan. | 313 | |
| 5 | 29 Dec. | 328 | | 3 | 9 Febr. | 322 | | 2 | 1 Dec. | 312 | |
| 7 | 11 Aug. | 326 | | 4 | 17 Sept. | 325 | | 3 | 22 März | 335 | |
| 21, 1 | 10 Aug. | 319 | | 5 | 22 Mai | 321 | | 11, 1 | 15 März | 317 | |
| 2 | 24 Nov. | 326 | | 6 | von Julian s. | | | 14, 1 | scheint nach d. | | |
| 22, 1 | 16 Febr. | 313 | | | S. 41 | | | | Orte von Con- | | |
| 2 | 30 Juli | 318 | | 3, 1 | 30 Juni | 320 | | | stantius zu sein. | | |
| 3 | 4 Aug. | 331 | | 2 | 3 Febr. | 326 | | 15, 1 | 8 Nov. | 313 | |
| 4 | dasselbe Gesetz | | | 5, 1 | 4 Dec. | 320 | | 2 | 5 Juli | 334 | |
| | XII 1, 35 von | | | 7, 1 | 3 Febr. | 326 | | 18, 1 | 30 März | 315 | |
| | Constantius. | | | 2 | 25 Apr. | 326 | | 19, 1 | 30 Sept. | 320 | |
| 5 | 13 Nov. | 333 | | 8, 1 | 4 Apr. | 318 | | 20, 1 | 21 Juli | 317 | |
| VIII | | | | 9, 1 | 29 Mai | 329 | | | von Licinius. | | |
| 1, 1 | zu verbinden mit | | | 10, 1 | 17 Apr. | 317 | | XI | | | |
| | XII 1, 35, das von | | | 2 | 17 Apr. | 317 | | 1, 1 | Da das Consulat | | |
| 2 | 1 Juli | 331 | | 3 | 1 Oct. | 315 | | | des Eusebius (347) | | |
| 3 | 5 Mai | 333 | | 12, 1 | 18 Apr. | 319 | | | darin schon er- | | |
| 4 | 7 Mai | 334 | | 2 | 18 Apr. | 319 | | | wähnt wird, muss | | |
| 4, 1 | 28 Apr. | 315 | | 15, 1 | 16 Nov. | 318 | | | das Gesetz von | | |
| 2 | 10 Mai | 315 | | 16, 1 | 15 Mai | 320 | | | Constantius sein. | | |
| 3 | 21 Juli | 317 von | | 2 | 15 Mai | 320 | | 2 | 8 Nov. | 313 | |
| | Licinius. | | | 3 | 23 Mai | 318 | | 3 | 9 Oct. | 336 | |
| 5 | 24 Nov. | 326 | | 18, 1 | 1 Aug. | 315 | | 4 | 6 Dec. | 319 | |
| 5, 1 | 22 Jan. | 315 | | 19, 1 | 30 Jan. | 316 | | 3, 1 | 1 Juli | 313 | |
| 2 | 14 Mai | 316 | | 2 | 25 März | 320 | | 2 | 27 Febr. | 327 | |
| 3 | wird VIII 5, 5 | | | 21, 1 | 18 März | 319 | | 7, 1 | 8 Nov. | 313 | |
| | von Constan- | | | 2 | 20 Nov. | 321 | | 2 | 20 Nov. | 319 | |
| | | | | 3 | 6 Juli | 326 | | 3 | 31 Jan. | 320 | |
| | | | | 4 | 4 Mai | 326 | | 4 | 18 Mai | 327 | |
| | | | | 22, 1 | zu verbinden | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|------------|------------------|-----|-------------|---------------------|-----|-------------|---------------|-----|
| XI | | | XII | | | XIII | | |
| 7, 7 | 6 Dec. | 319 | | dem Constan- | | 5, 8 | 8 März | 324 |
| 9, 1 | 31 Dec. | 323 | | tius angehört. | | 6, 1 | 30 Dec. | 313 |
| 2 | 6 Dec. | 319 | 1, 3 | 30 Jan. | 316 | 10, 1 | 18 Jan. | 313 |
| 16, 1 | 27 Aug. | 318 | 4 | 19 Jan. | 317 | 2 | 1 Juni | 315 |
| 2 | 21 Mai | 323 | 5 | 21 Juli | 317 | | von Licinius. | |
| 3 | 24 Apr. | 328 | | von Licinius. | | XIV | | |
| 4 | 24 Apr. | 328 | 6 | 1 Juli | 318 | 3, 1 | 13 Aug. | 318 |
| 6 | 7 Mai | 334 | 7 | 20 Febr. | 329 | 4, 1 | 8 März | 334 |
| 19, 1 | 17 Apr. | 321 | 8 | 13 Apr. | 323 | 2 | 11 Apr. | 324 |
| 27, 1 | 17 Apr. | 331 | 9 | 9 Juli | 324 | 8, 1 | 18 Sept. | 329 |
| 2 | 6 Juli | 322 | 10 | 7 Oct. | 325 | 24, 1 | 1 März | 328 |
| 29, 1 | 30 Dec. | 313 | 11 | 7 Oct. | 325 | 25, 1 | 12 Dec. | 318 |
| 2 | 10 Febr. | 318 | 12 | 7 Oct. | 325 | XV | | |
| 30, 1 | 30 Dec. | 313 | 13 | 17 Oct. | 325 | 1, 1 | 2 Febr. | 313 |
| 2 | 3 Nov. | 313 | 14 | 24 Nov. | 326 | 2 | 11 Apr. | 321 |
| 3 | 25 Aug. | 315 | 15 | 24 Nov. | 326 | 3 | von Julian s. | |
| 4 | 30 Dec. | 313 | 16 | 29 Sept. | 329 | | S. 41. | |
| 5 | 13 Aug. | 316 | 17 | 25 Oct. | 325 | 4 | 22 Juli | 319 |
| 6 | 13 Aug. | 316 | 18 | 24 Nov. | 326 | 2, 1 | 18 Mai | 330 |
| 7 | 8 Juli | 317 | 19 | 4 Aug. | 331 | 3, 1 | 7 Mai | 319 |
| 8 | 18 März | 318 | 20 | 4 Aug. | 331 | 8, 1 | 3 Febr. | 326 |
| 9 | 22 Juni | 318 | 21 | 4 Aug. | 334 | 12, 1 | 1 Oct. | 325 |
| 10 | ist eine Inter- | | 22 | 17 Oct. | 325 | 14, 1 | 16 Dec. | 324 |
| | pretation von | | 25 | vielleicht gleich- | | 2 | 12 Febr. | 325 |
| | XI 30, 19, das | | | zeitig mit VI 22, 1 | | 3 | 6 Jan. | 313 |
| | dem Constan- | | | erlassen. | | 4 | 13 Jan. | 313 |
| | tius angehört. | | 5, 1 | 30 Juli | 325 | XVI | | |
| 11 | 12 Juni | 321 | 2 | 21 Mai | 337 | 2, 1 | 31 Oct. | 313 |
| 12 | 13 Apr. | 323 | 6, 1 | 7 Apr. | 321 | 2 | 21 Oct. | 313 |
| 13 | 3 Aug. | 327 | 2 | 19 Juli | 325 | 3 | 18 Juli | 326 |
| 14 | 31 Juli | 327 | 7, 1 | 19 Juli | 325 | 4 | 20 Mai | 321 |
| 15 | 3 Nov. | 313 | 9, 1 | 6 März | 314 | 5 | 25 Dec. | 323 |
| 16 | 1 Aug. | 331 | 11, 1 | 30 Jan. | 314 | 6 | 1 Juni | 326 |
| 17 | 1 Aug. | 331 | 17, 1 | 19 Jan. | 324 | 7 | 31 Oct. | 313 |
| 18 | 19 Juni | 329 | XIII | | | 5, 1 | 1 Sept. | 326 |
| 34, 1 | 1 Aug. | 331 | 3, 1 | 1 Aug. | 321 | 2 | 25 Sept. | 326 |
| 35, 1 | 20 Mai | 321 | 2 | 21 Mai | 320 | 8, 1 | 13 Aug. | 329 |
| 36, 1 | 3 Nov. | 313 | 3 | 1 Aug. | 321 | 2 | 29 Nov. | 330 |
| 2 | 25 Febr. | 315 | 4, 1 | 7 Sept. | 334 | 3 | 11 Dec. | 321 |
| 3 | 25 Febr. | 315 | 2 | 2 Aug. | 337 | 4 | 1 Dec. | 330 |
| 39, 1 | 17 Sept. | 325 | 5, 1 | 19 März | 314 | 5 | 21 Oct. | 335 |
| 2 | 4 Mai | 333 | 2 | 30 Dec. | 313 | 6 | 13 Aug. | 329 |
| 3 | 25 Aug. | 334 | 3 | 30 Dec. | 313 | 9, 1 | 21 Oct. | 335 |
| XII | | | 4 | 8 März | 324 | 2 | 13 Aug. | 329 |
| 1, 1 | 15 März | 326 | 5 | 18 Sept. | 326 | 10, 1 | 17 Dec. | 320 |
| 2 | mit XI 30, 10 zu | | 6 | 7 Sept. | 334 | | | |
| | verbinden, das | | 7 | 1 Dec. | 334 | | | |

Codex Iustinianus.

| | | | | | | | | |
|----------|---------|-----|----------|----------|-----|----------|---------|-----|
| I | | | I | | | I | | |
| 2, 1 | 20 Mai | 321 | 13, 2 | 18 Apr. | 321 | 21, 2 | 13 Aug. | 316 |
| 5, 1 | 1 Sept. | 326 | 14, 1 | 3 Dec. | 315 | 3 | 1 Aug. | 331 |
| 9, 3 | 13 Aug. | 329 | 18, 11 | 28 Apr. | 317 | 22, 3 | 1 Oct. | 315 |
| 10, 1 | 13 Aug. | 329 | 19, 2 | 23 Mai | 325 | 4 | 11 Nov. | 333 |
| 13, 1 | 8 Juni | 323 | 3 | 24 Sept. | 329 | 23, 4 | 26 Juli | 322 |

| | | | | | | | | |
|------------|----------------|------|------------|---|-----|-------------|---|-----|
| I | | | V | | | VII | | |
| 35, 1 | 1 Oct. | 313 | 3, 16 | 13 Jan. | 336 | 49, 2 | 24 Oct. | 318 |
| 40, 2 | 29 Dec. | 328 | 5, 3 | 1 Juli | 318 | 50, 3 | 26 Dec. | 319 |
| 3 | 1 Aug. | 331 | 16, 24 | 27 Febr. | 321 | 57, 7 | 18 März | 318 |
| 4 | 23 Oct. | 334 | 17, 7 | Febr. | 324 | 61, 1 | 10 Febr. | 318 |
| 48, 1 | 11 Jan. | 316 | 26, 1 | 14 Juni | 326 | 62, 12 | 3 Nov. | 313 |
| 51, 2 | 18 Aug. | 320 | 27, 1 | 29 Apr. | 336 | 13 | 13 Aug. | 316 |
| 56, 1 | 13 Apr. | 323 | 34, 11 | 12 Oct. | 318 | 14 | 8 Juli | 317 |
| II | | | 37, 20 | 26 März | 314 | 15 | 22 Juni | 318 |
| 6, 5 | 8 März | 326 | 21 | 3 Febr. | 316 | 16 | 12 Juni | 321 |
| 8, 3 | 8 Nov. | 313 | 22 | 13 Mai | 326 | 17 | 3 Aug. | 327 |
| 12, 21 | 13 März | 315 | 23 | 18 Apr. | 333 | 18 | 31 Juli | 327 |
| 22 | 19 Juni | 319 | 40, 2 | 4 Febr. | 318 | 19 | 1 Aug. | 331 |
| 19, 11 | 22 Nov. | 326 | 71, 18 | 3 Aug. | 327 | 63, 1 | von Constantius vgl. C. Theod. XI 30, 10. | |
| 20, 8 | 25 Juli | 319 | 72, 4 | 13 Mai | 326 | 66, 6 | 20 Mai | 321 |
| 27, 2 | 13 Mai | 326 | VI | | | VIII | | |
| 44, 2 | 9 Apr. | 324 | 1, 3 | 1 Apr. | 314 | 4, 5 | 22 Febr. | 330 |
| 52, 5 | 26 Juli | 319 | 4 | 27 Juni | 317 | 5, 1 | 23 Oct. | 326 |
| 6 | 19 Juli | 327 | 5 | 15 Febr. | 319 | 10, 6 | 30 Mai | 321 |
| III | | | 6 | 17 Oct. | 332 | 16, 7 | 2 Juni | 315 |
| 1, 8 | 29 Apr. | 314 | 7, 2 | 30 Jan. | 320 | 34, 3 | 31 Jan. | 320 |
| 9 | 12 Juni | 321 | 9, 8 | 14 März | 329 | 36, 2 | 1 Aug. | 331 |
| 10 | 23 Mai | 325 | 9 | 31 Jan. | 320 | 46, 10 | 15 Febr. | 323 |
| 8, 4 | 15 März | 336 | 21, 15 | 11 Aug. | 325 | 52, 2 | 24 Apr. | 319 |
| 11, 2 | 6 März | 314 | 22, 5 | 27 Apr. | 319 | 53, 25 | 3 Febr. | 316 |
| 3 | 10 Febr. | 318 | 23, 15 | 31 Jan. | 320 | 26 | 17 Apr. | 317 |
| 4 | 9 Febr. | 318 | 36, 7 | 30 Mai | 332 | 27 | 4 Mai | 333 |
| 5 | 25 März | 322 | 37, 21 | 31 Jan. | 320 | 57, 1 | 31 Jan. | 320 |
| 12, 2 | 18 Apr. | 321 | 56, 3 | 27 Juli | 318 | IX | | |
| 3 | 13 Apr. | 323 | 60, 1 | 17 Juni | 315 | 4, 1 | 30 Juni | 320 |
| 13, 4 | 1 Aug. | 331 | 62, 1 | 17 Juni | 326 | 2 | 3 Febr. | 326 |
| 14, 1 | 17 Juni | 334 | VII | | | 8, 3 | 4 Dec. | 320 |
| 19, 2 | 1 Aug. | 331 | 1, 4 | 18 Apr. | 321 | 9, 28 | 3 Febr. | 326 |
| 24, 1 | 4 Dec. | 316 | 10, 7 | 15 Juli | 319 | 29 | 25 Apr. | 326 |
| 26, 5 | 5 Febr. | 313 | 13, 2 | 20 Nov. | 321 | 10, 1 | 4 Apr. | 318 |
| 28, 27 | 13 Apr. | 319 | 3 | 1 Apr. | 318 | 11, 1 | 29 Mai | 329 |
| 28 | 6 Febr. | 321 | 16, 40 | bezieht sich auf das Gesetz vom 15 Febr. 323 u. ist an einen Stadtpräfecten gerichtet, der v. 13 Sept. 323 bis zum 4 Jan. 325 sein Amt bekleidete. | | 12, 6 | 17 Apr. | 317 |
| 36, 26 | 20 Mai | 321 | 41 | vgl. 14 Mai | 316 | 7 | 1 Oct. | 315 |
| 38, 11 | 29 Apr. | 334 | 42 | 12 Juni | 322 | 14, 1 | 18 Apr. | 319 |
| 39, 3 | 22 Febr. | 330 | 18, 3 | 15 Febr. | 323 | 17, 1 | 16 Nov. | 318 |
| 4 | 22 Febr. | 330 | 19, 7 | 1 Oct. | 315 | 18, 3 | 15 Mai | 320 |
| IV | | | 22, 3 | 29 Apr. | 314 | 4 | 23 Mai | 318 |
| 20, 9 | 25 Aug. | 334 | 32, 10 | 22 Jan. | 314 | 20, 16 | 1 Aug. | 315 |
| 21, 15 | 21 Juli | 317 | 37, 1 | nach dem Adres- saten zu schlies- sen von Con- stantius. | | 22, 21 | 30 Jan. | 316 |
| 32, 25 | 17 Apr. | 326 | X | | | 22 | 25 März | 320 |
| 35, 21. | Ders. Adressat | | 1, 6 | 30 Mai | 319 | 24, 1 | 20 Nov. | 321 |
| | 1 Aug. | 321. | 7 | 31 Dec. | 326 | 2 | 6 Juli | 326 |
| 42, 1 | 24 Febr. | 337 | | | | 40, 2 | 13 Juni | 319 |
| 43, 2 | 18 Aug. | 320 | | | | 42, 2 | 26 Nov. | 319 |
| 46, 3 | 6 Dec. | 319 | | | | 47, 16 | 3 Nov. | 313 |
| 47, 2 | 1 Juli | 313 | | | | 17 | 21 März | 316 |
| 61, 4 | 1 Juli | 321 | | | | 51, 13 | 14 Sept. | 321 |
| 5 | 11 Jan. | 321 | | | | | | |
| 62, 4 | 21 Oct. | 335 | | | | | | |
| 1, 2 | 12 Apr. | 332 | | | | | | |
| 3, 15 | 16 Oct. | 319 | | | | | | |

| | | | | |
|--------|--|--------|--|---|
| X | | X | | XI |
| 10, 2 | 10 März 313 | 75, 1 | 6 März 314 | 68, 2 15 Febr. 319 |
| 11, 5 | 22 März 335 | XI | | XII |
| 13, 1 | 15 März 317 | 8, 1 | 21 Juli 317 | 1, 2 19 März 314 |
| 16, 4 | von Constantius, vgl. C. Th. XI, 1, 1. | | von Licinius. | 3 27 Apr. 319 |
| 19, 1 | 8 Nov. 313 | 2 | 19 Oct. 333 | 23, 1 7 Mai 334 |
| 2 | 31 Jan. 320 | 33, 2 | 30 Jan. 314 | 28, 1 29 Oct. 313 |
| 21, 1 | 18 Mai 327 | 43, 1 | 18 Mai 330 | 2 27 Apr. 319 |
| 2 | ist von Constantius Söhnen. | 44, 1 | 1 Oct. 325 | 30, 1 27 Apr. 319 |
| 32, 14 | 15 März 326 | 48, 1 | 24 Apr. 328 | 32, 1. Ders. Adressat |
| 15 | 30 Jan. 316 | 49, 1 | 1 Juni 315 | 28 Apr. 317 |
| 16 | 9 Juli 324 | | von Licinius. | 35, 9 28 Apr. 323 |
| 17 | 17 Oct. 325 | 50, 1. | Ueber d. Adres- saten s. 7 Oct. 325. | 42, 1 28 Apr. 323 |
| 18 | 29 Sept. 329 | 58, 1 | 18 Jan. 313 | 46, 1 25 Oct. 325 |
| 19 | 25 Oct. 325 | 59, 1 | undatirbar. | 2 29 Dec. 328 |
| 37, 1 | von Constantius. | 2 | 6 Dec. 319 | 3 11 Aug. 326 |
| 39, 5 | 7 Oct. 325 | 62, 1 | 15 Juni 315 | 47, 1 4 Aug. 331 |
| 52, 6 | 19 Jan. 324 | 2 | 17 Apr. 321 | 49, 1 7 Mai 334 |
| 53, 6 | 1 Aug. 321 | 63, 1 | 9 März 319 | 50, 1 14 Mai 316 |
| 66, 1 | 2 Aug. 337 | 65, 1 | 7 Mai 319 | 2 von Constantius, vgl. C. Th. VIII 5, 3. |
| 72, 1 | 19 Juli 325 | 2 | 27 Aug. 318 | 57, 1 10 Mai 315 |
| 73, 1 | 19 Juli 325 | 68, 1 | 7 Oct. 325 | 61, 1 8 Nov. 313 |

Fragmenta Vaticana.

| | | | | | |
|----|-------------|-----|-------------|-----|-------------|
| 32 | 29 Aug. 312 | 35 | 29 Aug. 315 | 273 | 19 Oct. 315 |
| | s. S. 179. | 36 | undatirbar. | 274 | 13 Aug. 315 |
| 33 | 13 Aug. 315 | 248 | 16 Juli 330 | 287 | ? ? 318 |
| 34 | 21 Juli 329 | 249 | 3 Febr. 316 | | |

Constitutiones Sirmondi.

| | | | | | |
|---|-----------|---|-------------|----|-------------|
| 1 | 5 Mai 333 | 4 | 21 Oct. 335 | 17 | 23 Juni 318 |
|---|-----------|---|-------------|----|-------------|

IV.

Aus und zu den Quellen des römischen Rechts.¹⁾

Von

Herrn Geheimerath Dr. **E. Zachariä von Lingenthal**
auf Grosskmehlen.

XIII.

Papinianus libro III Quaestionum quaest. ultima.

Harmenopulus hat in seine *ἐξάβιβλος* II, 4, § 12 ff. eine Reihe von Stellen aus einer Baupolizeiordnung aufgenommen, welche ein Baumeister Julianus aus Askalon für Palästina zusammengestellt hatte. Diese Baupolizeiordnung war compilirt aus *νόμοι*, insbesondere der bekannten Verordnung Zenos (Cod. VIII, 10, 12), aus Edicten des constantinopolitanischen Praefectus urbi (da nach l. 13 C. cod. im ganzen Reiche das gleiche Recht galt wie in Constantinopel — s. auch l. 32 pr. D. de legibus —), sowie aus dem palästinischen Gewohnheitsrechte.

In § 46 ist ein Stück der Zenonischen Verordnung und der Auszug des Theodorus von Nov. LXXXII (165) *περὶ ἀπόψεως θαλάσσης* mitgetheilt. Darauf folgen in § 47 ff. einige Ausführungen über die Wichtigkeit von Licht und Aussicht. Zu unterscheiden sei dreierlei Aussicht, die auf das Meer, die auf Gärten, die auf öffentliche Denkmale. Die eine wie die andere Aussicht sei durch baupolizeiliche Vorschriften innerhalb gewisser Grenzen geschützt.

Hieran knüpft der Architekt Julianus einen Ausspruch des berühmten Papinianus, dessen Namen die Griechen sich bekanntlich durch Kürzung in *Παπιανὸς* mundgerecht gemacht haben. Es heisst nämlich in § 51:

Τὴν ἐπὶ τὰ ὄρη ἀποψιν δύνатаί τις κωλύειν, ὡς εἶπεν ὁ Παπιανὸς ἐν τῷ τρίτῳ βιβλίῳ τῶν κοιναιστιῶνων ἐν τῇ τελευταίᾳ τοῦ τίτλου κοιναιστιῶνι.

¹⁾ Fortsetzung von Rom. Abth. VIII dieser Zeitschrift S. 206 ff.

Der Verfasser setzt aber hinzu, dass man die Abschneidung der Aussicht auf das Gebirge jedenfalls doch nur dann gestatten könne, wenn der Bau in einer Entfernung von 100 Fuss aufgeführt werden solle — analog den Bestimmungen der Zenonischen Verordnung betreffs der Aussicht auf das Meer: denn die Aussicht auf die Berge sei ebenso ergötzlich und bedürfe ebenso der Berücksichtigung wie die auf das Meer. Dieser Nachsatz und der ganze Zusammenhang beweisen übrigens, dass die Handschriften und Ausgaben, welche in der angeführten Stelle *οὐ δύνανται* lesen, eine Verbesserung durch Streichung der Negation erheischen. Und zwar um so mehr, als es unbegreiflich sein würde, wenn Papinianus ganz allgemein die Behauptung aufgestellt haben sollte, es dürfe niemand durch einen Bau dem Nachbar die Aussicht auf das Gebirge benehmen.

Der angeführte Ausspruch Papinians scheint bisher gänzlich übersehen worden zu sein. Er verdient aber auch deshalb unter die Bruchstücke der *Iurisprudentia anteiustiniana* aufgenommen zu werden, weil er bei der Frage der Beziehungen Papinians zu Syrien von einiger Bedeutung ist.

XIV.

Noch einmal die *prohibitoria actio*.

Die *prohibitoria actio*, die ich vor mehr als fünfzig Jahren in die gelehrte Welt (mit einem freilich verfehlten Empfehlungsbrief) eingeführt habe, hat seitdem verschiedene Kritiken hervorgerufen und ist noch neuerdings von Ferrini und Schott besprochen worden.

Bisher gründete sich die Annahme einer *prohibitoria formula* auf den Index von Dig. 7, 6, 5 § 1, welcher zweifellos von dem Antecessor Stephanus herrührt (Suppl. Basil. p. 112 sq.). Stephanus aber, der etwa ein halbes Jahrhundert nach der Publication der Digesten gelehrt hat, dürfte schwerlich mit Quellen des vorjustinianischen Rechts bekannt gewesen sein. Wo er der *formulae* des älteren Rechts gedenkt, beruhen die von ihm gegebenen Notizen entweder auf Theophilus, welchem er im wesentlichen folgt, oder auf Ueberlieferungen, wie sie sich in Schulen fortzupflanzen pflegen. Die Glaubwürdigkeit

dieser aus zweiter Hand geflossenen Notizen hat daher ebendesswegen in Zweifel gezogen werden dürfen.

Da ist denn ein altes — bisher übersehenes — Zeugniß von Wichtigkeit, das in den Scholien der Basiliken to. V, p. 556 der Heimbachschen Ausgabe zu lesen ist. Es ist ein Stück des Index von Dig. 47, 7, 6 § 2 oder eine Anmerkung dazu, das eine oder das andere von Dorotheus, dem Berytischen Antecessor und Mitarbeiter an Justinians Digesten, dem eben deshalb die Quellen des vorjustinianischen Rechts zugänglich und bekannt gewesen sind.

Die Stelle lautet:

*τουτέστι δύναται κινεῖν κατ' ἐκείνου λέγων μὴ ἐξεῖναι μοι ἔχειν τοῦτο τὸ δένδρον, ὥσπερ εἰ τὸ ξύλον ἢ ἐκ-
θείην ἐπιτίθῃσι τις κατὰ ἀλλοτρίου τοίχου ἢ ἀέρος,
κινεῖται κατ' αὐτοῦ prohibitoria περὶ δουλείας ἐν ῥέμ.*

Wie der lateinische Text, so scheint auch die griechische Uebersetzung der Verbesserung bedürftig. Fabrot, Heimbach, Mommsen wollen σοι statt μοι lesen, was zu κατ' ἐκείνου kaum passt und nicht genügt. Vielleicht sind einige Worte ausgefallen und es müsste heissen: *μὴ ἐξεῖναι [αὐτῷ ἄκοντός] μου ἔχειν οὕτω τὸ δένδρον, ὥσπερ εἰ ξύλον κτλ.*

Wie dem auch sei, so wird man jedenfalls nicht behaupten wollen, dass die prohibitoria in rem actio (im Gegensatze zum prohibitorischen Interdict) eine Erfindung des Dorotheus sei oder auf einem Missverständnisse desselben beruhe. Vielmehr wird angenommen werden müssen, dass er die Bezeichnung in den Schriften der in den Digesten benutzten Juristen vorgefunden hat.

Nun beachte man, welche Formel dieser prohibitoria actio von Dorotheus gegeben wird. Im Anschluss an den lateinischen Text erwähnt er zuerst eine Klage mit der Intention non licere d. i. ius non esse illi arborem ita habere, und vergleicht damit die prohibitoria περὶ δουλείας ἐν ῥέμ gegen denjenigen, welcher gegen des Klägers Willen und ohne dazu berechtigt zu sein einen Balken in des Klägers Mauer einlässt. Die Intention dieser letzteren Klage muss daher nach dem Vergleich mit der ersteren Klage von Dorotheus so gedacht worden sein: ius non esse illi tignum immissum habere.

Das ist aber einfach die Intention der negatorischen Klage! Dem Antecessor Dorotheus ist mithin die prohibitoria mit der negatoria actio identisch!¹⁾

Vielleicht gelingt es noch eingehenderen Untersuchungen über die noch immer zu sehr vernachlässigte Geschichte des Rechts der Servituten für die prohibitoria actio den richtigen Platz und die richtige Bedeutung zu finden, einstweilen aber werden wir sie wohl für das Justinianische Recht mit Dorotheus als identisch mit der negatorischen Klage betrachten müssen.

XV.

**Die Art der Zusammensetzung der Digesten (Bluhmes Entdeckung)
wird schon vom Antecessor Theophilus angedeutet.**

Die byzantinische Rechtsgelehrsamkeit beruht fast ausschliesslich auf Justinians Gesetzbüchern und Sammlungen, gerade als ob es ältere Rechtsquellen für sie nicht gegeben habe. Thaleläus in seiner Bearbeitung des Codex gedenkt zwar zuweilen der Arbeiten seiner Vorgänger über die älteren Constitutionencodices, sowie über die Veränderungen, welche bei Abfassung des Justinianischen Codex erster oder zweiter Auflage mit einzelnen Verordnungen vorgenommen worden sind. (Ich lasse dahingestellt, ob derselbe Thaleläus in Bas. 8, 1, 36 schol. eine sonst nicht bekannte Stelle aus des Paulus Sententiae anführt, oder eine in den Digesten zu ergänzende Stelle, wie Mommsen in den Nachträgen zu Dig. 3, 1, 10 glaubt.) In den alten Digestenindices aber finden wir keine derartigen Bemerkungen, obwohl bekanntlich bei Aufnahme der Excerpte aus den Schriften der alten Juristen in die Digesten nicht wenige Interpolationen stattgefunden haben: nur in den παραγραφαὶ zu den Digesten gedenkt Stephanus zweimal der Arbeiten eines älteren Berytischen Rechtslehrers, des ἡρώς κύριλλος.

Indessen fehlt es doch nicht — ganz abgesehen von des Theophilus Institutionen — an Worten und Sätzen in den

¹⁾ Ich weiss nicht, ob aus dem schol. 21 in Bas. V, p. 585 zu folgern ist, dass Dorotheus nur zwei Klagen περί δουλείας annehme, — die confessoria und negatoria —, oder ob das Scholium nicht vielmehr einem neueren Scholiasten zuzuschreiben ist.

alten Indices der Digesten und den *παραγραφαί*, welche an Aelteres erinnern und anknüpfen, und mit der Entstehungsgeschichte der Digesten zusammenhängen.

So ist bemerkenswerth, wie Theophilus — denn von ihm rühren die betreffenden Indices her — regelmässig da, wo sich ein Einschiebsel in die durch Bluhmes Entdeckung festgestellte Reihenfolge der Excerpte (*ἀναγνώσματα*) findet, das Vorhandensein oder die Bedeutung desselben hervorhebt.

Bei Dig. 17, 1, 11 (Bas. II p. 90), einer Stelle, die in Mommsens Ausgabe am Rande mit *E bezeichnet ist, bemerkt Theophilus: *διὰ μέσου ἀνεήνεκται*. Bei Dig. 17, 2, 25 (Bas. II, p. 737) hebt er nachdrücklich hervor, dass dig. 25 die Fortsetzung von dig. 23 sei, mithin dig. 24 (S*) eingeschoben ist. Noch auffälliger ist, wie er bei Dig. 17, 2, 76—80 (Bas. II, p. 784) ausdrücklich darauf aufmerksam macht, dass dig. 77 und 79 Einschiebsel sind (*P), indem dig. 78 die Fortsetzung von dig. 76, und dig. 80 die Fortsetzung von dig. 78 sei. (Im Index von dig. 78 ist zu lesen: *ὁ πρόξυλος τοῖς οἰκείοις ἀπολουθῶν λόγοις*.)

Endlich ist charakteristisch, wie Theophilus¹⁾ dergleichen Einschiebsel als ein *ἀναπληροῦν* bezeichnet, was die Absichtlichkeit des Verfahrens bei der Compilation der Digesten gegenwärtigt. So besagt der Index von Dig. 17, 1, 4 (S*). *ὁ γάιος ἀναπληρῶν τὸ τοῦ παύλου ἀναφέρει κτλ.* (Bas. II, p. 70.) Ebenda der Index von dig. 7 (*P): *ἀναπληρῶν τὸ νόμιμον ὁ παπιανὸς κτλ.* (Bas. II, p. 76.) Und der Index von Dig. 19, 2, 37 (*E): *ὁ ἰαβολένος ἀναπληρῶν φησιν κτλ.* (Bas. II p. 358.)

Es erscheint die Erwähnung dieses *ἀναπληροῦν* als so charakteristisch, dass es die Handhabe bieten kann zur Verbesserung eines Fehlers der Florentiner Handschrift. Nämlich Dig. 16, 3 dig. 3 ist zwar dem Sinne nach eine Fortsetzung von dig. 1 § 47, aber während dieses aus Ulpian. libro trigensimo ad Edict. genommen ist, hat jenes in der Florentiner Handschrift die Inscription Ulpian. lib. trigensimo primo ad Edictum und muss als Einschiebsel (S*) betrachtet werden,

¹⁾ Dorotheus scheint das *ἀναπληροῦν* in anderem Sinne zu brauchen. Bas. IV, p. 624. 644.

weil in dig. 5 mit Ulpian. lib. XXX ad Edict. fortgefahren wird: es scheint daher doch nicht als unmittelbare Fortsetzung von dig. 1 § 47 angesehen werden zu können. Allein der innere Zusammenhang zwischen dig. 1 § 47 und dig. 3 drängt dazu, bei letzterer Stelle das *primo* in der Inscription zu streichen, damit beide angeführte Stellen gleichmässig dem Ulpianus libro trigensimo ad Edictum zugeschrieben werden. Das hat schon Haloander vermuthet: der Schreiber der Florentinischen Handschrift konnte sich ja auch leicht irren, indem ihm das *primo* aus der vorhergehenden Inscription des dig. 2 in der Feder geblieben war. Die Streichung des *primo* in der Inscription von dig. 3 zugegeben, erscheint nun dig. 3 nicht mehr als ein Einschiebsel (S*), sondern steht in der richtigen Reihenfolge (S). Dagegen unterbricht nun dig. 2 „Paulus libro trigensimo primo ad Edictum“ die Reihenfolge und erscheint als Einschiebsel, welches in der Ausgabe von Mommsen mit S* bezeichnet werden muss. Dies bestätigt nun auch Theophilus, indem er sagt: *ὁ παῦλος ἀναπληρῶν φησιν!*

XVI.

Der Antecessor Theophilus ist der Verfasser der griechischen Institutionen.

Seit dem Bekanntwerden der griechischen Institutionen ist der Antecessor Theophilus, welcher als deren Verfasser in den Handschriften genannt wird, eine sehr bestrittene Persönlichkeit gewesen. Zuletzt ist in jüngster Zeit von Ferrini behauptet worden, dass Theophilus überhaupt nicht als Verfasser der sogenannten Paraphrase der Institutionen betrachtet werden könne und dass er als Autor nicht vor dem XI. oder XII. Jahrhundert genannt werde. In einer Anzeige des ersten Bandes der neuen Ausgabe der griechischen Institutionen durch Ferrini habe ich eingeräumt, dass dessen Hypothese einen nicht geringen Grad von Wahrscheinlichkeit für sich habe. Indessen die von Ferrini neuerdings herausgegebenen *Scolii inediti* allo Pseudo-Teofilo haben mich eines anderen belehrt.

Von diesen Scholien, die sich in verschiedenen Handschriften mehr oder minder zahlreich dem Texte beige-schrieben finden, waren einzelne schon von Fabrot herausgegeben. Vollständiger sind sie erst jetzt von Ferrini bekannt gemacht:

man erkennt nun, dass wir es hier mit dem griechischen Gegenstück zu der lateinischen sogenannten Turiner Glosse der Institutionen zu thun haben. Die Scholien stammen grossen Theils aus der Zeit Justinians und seiner unmittelbaren Nachfolger: der kleinere Theil ist späteren Ursprungs.

In den älteren Scholien nun wird, wie auch Ferrini hervorhebt, zweimal ausdrücklich dem Theophilus die Paraphrase der Institutionen zugeschrieben. Das Scholium zu Inst. II, 1 § 8 schreibt dem Theophilus zu, was der griechische Text aus der kaiserlichen Verordnung dem lateinischen hinzufügt. Ebenso hat das Scholium zu Inst. II, 18 § 1, welches durch Fabrot schon früher wenigstens theilweise bekannt geworden war, bei den Worten des griechischen Textes „αἰσχρὸν . . . πρόσωπον, οἷον ἡνίοχοι κτλ.“ die Bemerkung: οὐκ ἀκριβῶς ὁ Θεόφιλος τοὺς ἡνιόχους ἀτίμους ἔφη . . . κτλ. Diese Zeugnisse beweisen wenigstens so viel mit Bestimmtheit, dass die griechischen Institutionen gegen das Ende des sechsten Jahrhunderts unbedenklich als ein Werk des Theophilus angesehen worden sind. Ich schliesse daraus, dass man für diese Annahme gute Gründe gehabt haben wird, und dass mithin der Antecessor Theophilus, der Mitarbeiter an den Justinianischen Institutionen, wirklich als Verfasser zu betrachten ist. Anders freilich Ferrini, welcher seine Hypothese, dass Theophilus nur infolge eines Missverständnisses als Verfasser angenommen worden sei, auch jetzt noch aufrecht hält, indem er aber das Missverständniss allerdings nicht erst im XI. Jahrhundert, sondern auf Grund jener Zeugnisse bereits am Ausgang des VI. Jahrhunderts entstanden sein lässt. Ich glaube jedoch nicht, dass man die Hypothese in dieser neuen Formulirung noch für wahrscheinlich halten wird. Und so mag denn der Antecessor Theophilus auch fernerhin als Autor gelten!

XVII.

Das Proömium der griechischen Institutionen.

Die Handschriften der Institutionen des Theophilus beginnen mit der Uebersetzung des Proömiums, und an diese schliesst sich unmittelbar an die von tit. 2; tit. 1 fehlt. Man könnte geneigt sein, zu vermuthen, dass in der Handschrift, aus welcher die uns erhaltenen Handschriften abzuleiten sind,

ein Blatt, welches tit. 1 enthielt, gefehlt habe. Allein dagegen dürfte einzuwenden sein, dass die Uebersetzung des kurzen tit. 1 kaum ein ganzes Blatt gefüllt haben kann. Man wird vielmehr nach einer anderen Erklärung suchen müssen.

Es hat mir nun schon immer scheinen wollen, als ob die Sprache und der ganze Stil im Proömium von der sonstigen Theophilischen Schreibweise verschieden sei.

So wird Justinian im Proömium genannt *ἡμέτερος βασιλεὺς* oder mit dem Beiwort *κράτιστος*, oder *θειότατος*, oder *γαληνότατος*, oder *μέγας*, oder *ἡμερώτατος*. In den Institutionen selbst aber erhält der *ἡμέτερος βασιλεὺς* nur die Beiworte *θειότατος* oder *εὐσεβέστατος*, nirgends heisst er *κράτιστος* oder *γαληνότατος* oder *μέγας* oder *ἡμερώτατος*.

Dass dies nicht ein blosser Zufall sein kann, sondern einer Verschiedenheit der Schreiber oder Verfasser zuzuschreiben ist, ist unverkennbar. In dem Proömium wird der Kaiser sechsmal genannt, einmal ohne Beiwort, fünfmal mit fünfmal wechselndem Beiwort: im Text der Institutionen wird er — wenn ich richtig gezählt habe — über 100mal erwähnt, und da heisst er ausnahmelos nur *ὁ ἡμέτερος βασιλεὺς* oder *ὁ θειότατος* oder *εὐσεβέστατος ἡμῶν βασιλεύς*. Ausserdem ist das Beiwort *μέγας*, welches im Proömium vorkommt, zur Zeit der Abfassung der griechischen Institutionen d. i. für die Jahre 533—535 ganz ungewöhnlich und erst einer späteren Zeit angehörig. Und endlich ist charakteristisch, dass das Proömium das Beiwort *εὐσεβέστατος* nicht kennt, ein Beiwort, auf welches seiner Zeit ein besonderes Gewicht gelegt wurde. (Auch Dorotheus im Index von Dig. 10, 2, 25 § 17 = Bas. IV p. 267 und noch Athanasius Epit. Novell. IX, 13 sprechen vom *εὐσεβέστατος ἡμῶν δεσπότης ἰουστινιανός*.)

Hat nun die griechische Paraphrase des Proömiums einen anderen Verfasser als die Paraphrase des I.—IV. Buches, so liegt die Vermuthung nahe, dass — etwa im 11. Jahrhundert — eine zu Anfang defecte Handschrift der griechischen Institutionen durch das aus einer anderen Quelle geschöpfte Proömium ergänzt worden ist, und dass diese so ergänzte Handschrift als Vorbild für sämmtliche uns erhaltene Handschriften gedient hat.

Zum Schlusse noch eine Bemerkung. Man hat sich oft an der Art und Weise gestossen, wie in dem griechischen Proömium des Theophilus als einer dritten Person mit rühmenden Worten gedacht wird. Man sagte: so könne doch der Antecessor Theophilus, wenn er als Verfasser der griechischen Institutionen anzusehen wäre, unmöglich von sich selbst gesprochen haben. Und manche wollten daher von der Autorschaft des Justinianischen Antecessors Theophilus nichts wissen: andere meinten, die griechische Paraphrase der Institutionen sei nichts anderes als ein Collegienheft eines Schülers des Theophilus, in welchem der Schüler bei Gelegenheit der Einleitung seinen Lehrer zu verherrlichen bestrebt gewesen sei. Indessen so wenig sich an dem hohen Alter der Paraphrase zweifeln lässt, so entschieden muss der Kenner der juristischen Litteratur jener Zeit die Hypothese eines Collegienheftes (— soll etwa der Student gleich die zweite Vorlesung, in welcher Tit. 1 des I. Buches erklärt wurde, geschwänzt haben? —) zurückweisen. Ist aber nur das Proömium nicht von Theophilus, sondern aus einer anderen Quelle geschöpft, so erklärt sich nunmehr ungezwungen, wie in demselben Theophilus als dritte Person verherrlicht werden kann!

XVIII.

Charakteristische Eigenthümlichkeiten der griechischen Institutionen.

Als Eigenthümlichkeiten der Theophilischen Schreibweise treten uns in den griechischen Institutionen sofort die Wiederholungen des Abgehandelten, die Uebergänge zu Neuem, die Rückverweisungen auf Gesagtes entgegen. Ich rechne hieher Wendungen, wie *εἰρήκαμεν . . . εἰπόντες οὖν . . . ὁφείλομεν εἰπεῖν* oder *εἶπωμεν* (I, 2 pr. § 6), *μαθόντες . . . μετέλθωμεν ἐφ' ἑτερον καὶ μάθωμεν* (I, 3 pr.), *ἐδίδαξαν ἡμᾶς τὰ προλαβόντα* oder *ἔγνωμεν ἐκ τῶν προλαβόντων* (I, 6 pr. § 4), *τί δὲ τοῦτο ἐστὶν ἀναγκαῖον εἰπεῖν* (I, 2 pr.; 5 § 4; 6 pr. 14 § 1; III, 9 § 3; 20 § 1; IV, 1 § 14; 6 § 15), *τῶν ὁμολογημένων ἐστὶν* (I, 2 § 6; III, 25 § 3), *συνελόντα εἰπεῖν* (I, 6 § 3; II, 23 § 6; III, 6 § 4; IV, 6 § 2; 13 § 11) u. dgl. m. Auch das wiederholt sich, dass in Beispielen (wo nicht nach dem Texte Titius, Maevius u. s. w. zu nennen war)

die betreffenden Personen vorzugsweise mit Primus, Secundus u. s. w. bezeichnet werden. Man vergleiche I, 10 § 8; II, 7 § 4; 10 § 8; 14 § 6; 8, 15 pr. § 1 sqq.; 16 § 3; 22, § 3 u. s. w.

Ausserdem finden sich in den Institutionen des Theophilus Redensarten, die an sich auffallend oder so constant wiederkehrend sind, dass man sie als vorzugsweise charakteristisch bezeichnen muss. Ich will nur zwei dieser Redensarten hervorheben.

Die erste bildet die Einleitung zur Aufstellung eines Lehrsatzes. Theophilus (I, 2 § 4) sagt: *Ἡδέως ἐμάνθανον*, d. h. ich möchte gerne den Satz kennen lernen. Wahrlich, eine sonderbare Art, den Leser auf das Kommende vorzubereiten!

Die zweite Redensart wird gebraucht, wo zum Verständniss und zur Begründung des Folgenden ein oder mehrere Sätze vorangeschickt werden. Es geschieht dies mit den Worten: *ἔχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, und zum Schlusse der Vorbemerkung heisst es dann: *ἐπειδὴ σοι ταῦτα προτεθεώρηται* oder *τοῦτο εἰδὼς ὄρα λοιπὸν τὸ προκείμενον*. An sich ist diese Redensart nicht sonderbar, sonderbar ist aber, dass Theophilus dieselbe in zahlreichen Fällen constant und ausnahmelos anwendet, ohne je die geringste Modification an derselben vorzunehmen. Man vergleiche

| | | | |
|--------------|--------------------|--------------|----------------|
| I, 5 § 4. 5. | II, 6 § 9. | III, 1 § 14. | IV, 1 § 8. 13. |
| - 10 § 1. | - 8 § 2. | - 2 pr. | - 13 § 11. |
| - 11 § 9. | - 13 § 4. | - 7 pr. | |
| - 14 § 1. | - 14 § 2. | - 20 § 1. | |
| - 15 § 1. | - 16 § 5. | | |
| | - 20 § 17. 20. 32. | | |

Ich könnte noch eine Reihe solcher stilistischer Bemerkungen hinzufügen, aber nicht so schlagende als die angeführten. Doch schon diese genügen vollkommen, um die Behauptung zu rechtfertigen, dass bei Stellen, wo sie sich gebraucht wiederfinden, an den Theophilus als Verfasser zu denken sei.

XIX.

Der Digestenindex des Antecessor Theophilus.

Die Redensart *ἔχει ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, welche als charakteristische in den Institutionen des Theophilus hervortritt, findet sich auch in einem Index der Digesten, welchen die alten Basilikenscholien wiedergeben, und zwar bei

| | | | |
|---------------------|---|-------------|---------------|
| Dig. 17, 1, 10 § 12 | — | Bas. ed. II | p. 88, |
| - - 56 pr. | — | Heimb. | - p. 135, |
| - - 59 § 1 | — | - | - p. 140, |
| - 2, 52 § 8 | — | - I | p. 754, |
| 23, 3, 12 pr. | — | - III | p. 358, |
| - - 69 § 2. 4. 6. 7 | — | - | - p. 407 sqq. |
| - - 76 | — | - | - p. 417, |
| - - 78 § 4 | — | - | - p. 422, |
| - - 79 pr. | — | - | - p. 424, |
| - 5, 16 | — | - | - p. 494. |

Bei

| | | | |
|---------------------|---|---|-----------|
| Dig. 23, 2, 14, § 3 | — | - | - p. 200, |
| - 5, 13 pr. | — | - | - p. 491, |

stossen wir sogar auf das befremdliche *ἡδέως ἐμάνθανον*. Endlich wiederholt sich in den Indices dieser Titel die Anführung von Primus, Secundus, Tertius, Quartus bis zum Ueberdruss, z. B.:

| | | | |
|---------------------|---|---------|----------------|
| Dig. 17, 1, 10 § 12 | — | Bas. II | p. 88, |
| - - 12 § 14 | — | - | - p. 98, |
| - - 22 § 8 | — | - | - p. 101, |
| - - 26 § 3 | — | - | - p. 106, |
| - - 29 pr. § 2. 6 | — | - | - p. 113 sqq., |
| - - 47 § 1 | — | - | - p. 127, |
| - - 49 | — | - | - p. 130, |
| - - 50 pr. | — | - | - p. 131, |
| - - 52 | — | - | - p. 132, |
| - - 53 | — | - | - p. 133, |
| - - 58 § 1 | — | - | - p. 139, |
| - - 59 § 1. 2. 4. 6 | — | - | - p. 140 sqq. |

Lässt schon das Angeführte auf Theophilus schliessen, so wird dessen Autorschaft auch noch ausdrücklich bezeugt dadurch, dass die Indices von

| | | | |
|-------------------------------|---|---------|--------------|
| Dig. 17, 1, 22 § 8. 9. 10. 11 | — | Bas. II | p. 101 sqq., |
| - - 23—25 | — | - - | p. 105, |
| - - 26 § 1. 2. 6 | — | - - | p. 106 sq., |
| - - 27 § 5 | — | - - | p. 111 sq., |
| - - 34 pr. | — | - - | p. 121 sq., |
| - - 48 § 1 | — | - - | p. 128 sq. |

in den Basilikenscholien die Aufschrift *Θεοφίλου* tragen oder als von ihm herrührend bezeichnet werden.

Nach alledem unterliegt es keinem Zweifel, dass Theophilus einen Index der Digesten geschrieben hat, der sich mindestens auf Dig. lib. XVII und XXIII bezogen hat.

Ueber lib. XXIII hinaus findet sich in den Quellen keine Spur eines Index des Theophilus. Da wir indessen hinsichtlich der späteren Bücher, welche in Betracht zu ziehen wären, wegen des Fehlens der alten Scholien im Dunkel gelassen sind, so ist es wohl möglich, dass des Theophilus Index nicht nur die *πρώτα*, die pars de iudiciis und die pars de rebus, also die nach Justinians Verordnung im ersten, zweiten und dritten Jahre zu lesenden Partes der Digesten, sondern ausser dem liber singularis de dotibus auch noch die anderen in diesen Jahren zu lesenden libros singulares umfasst hat.

XX.

Umfang und Eigenthümlichkeiten des Digestenindex des Antecessor Stephanus.

Die zu Anfang des achtzehnten Abschnitts angeführten Redensarten kehren wieder in den Digesten (*ἰνδῖξ* oder *πλάτος*) des Antecessor Stephanus.

Beispielsweise mögen folgende Stellen angeführt werden:

| | | | |
|-----------------|---|---------|----------------------------------|
| Dig. 1, 5, 1 | — | Bas. IV | p. 545. μαθόντες . . νῦν ἴδωμεν. |
| - - 5 § 3 | — | - | 546. συνελόντα εἰπεῖν. |
| - 8, 1 pr. | — | - | 558. εἰπόντες . . νῦν εἴπωμεν. |
| 2, 14, 7 § 4. 6 | — | I p. | 560. 566. ἀναγκαῖον εἰπεῖν. |
| - - - § 5 | — | - | 560. τῶν ὁμολογημένων ἐστίν. |
| - - 29 | — | - | 616. συνελόντα εἰπεῖν. |
| - 15, 8 § 13 | — | - | 677. τῶν ὁμολογημένων ἐστίν. |
| - - 17 | — | - | 689. οἶδας μαθὼν. |
| 3, 3, 39 pr. | — | - | 374. ἀναγκαῖον εἰπεῖν. |
| - 5, 8 | — | Suppl. | 137. οἶδας μαθὼν. |

| | | |
|----------------------|---|--|
| Dig. 4, 5, 7 pr. § 3 | — | Bas. IV p. 556 sq. οἶδας μαθῶν. |
| 5, 2, 6 pr. | — | - 4 sq. μάθε. |
| - - 8 § 8 | — | - 13. συνελόντα εἰπεῖν. |
| - 3, 7 | — | - 189 sq. οἶδας μαθῶν . . συνε- λόντα εἰπεῖν. |
| - 6, 1 | — | - 250. μάθε, μάλλον δὲ οἶδας. |
| 7, 1, 48 pr. | — | Suppl. p. 85. οἶδας μαθῶν. |
| 16, 3, 22 | — | II p. 51. τῶν ἀμολογημένων ἐστίν. |
| 19, 2, 11 § 2 | — | - p. 338. ἀναγκαῖον εἰπεῖν. |
| 22, 3, 28 | — | - 480. συνελόντα εἰπεῖν. |

Dagegen kommt hier das *ἡδέως ἐμάνθανον* ebenso wenig vor als das *ἔχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ κτλ.* Statt der letzteren Redensart sagt Stephanus *προθεώρησον*¹⁾ (was indessen zuweilen ausgelassen ist) *τοῦτο γνοῦς* oder *εἰδὼς ὅρα λοιπὸν* oder *ἐλθὲ ἐπὶ τὸ προκείμενον*. Und dies ist für Stephanus ebenso charakteristisch, wie jene Redensart für Theophilus.

Zum Beweise mögen folgende Stellen angeführt werden:

| | | |
|-------------------|---|--------------------|
| Dig. 2, 14, 7 § 5 | — | Bas. I p. 560, |
| - - - § 14 | — | - 572, |
| - - 46 | — | - 630, |
| 3, 2, 20 | — | II p. 449, |
| - 3, 5 | — | I p. 361, |
| - 5, 32. 33 | — | Suppl. p. 147 sq., |
| - - 35 pr. § 2 | — | - p. 149 sq., |
| 5, 2, 6 pr. | — | IV p. 4 sq., |
| - - 8 § 6 | — | - 12, |
| - - - § 10 | — | - 15, |
| - - - § 15 | — | - 17, |
| - - 11 | — | - 18, |
| - - 19. 20 | — | - 21 sq., |
| - 3, 4 | — | - 185, |
| - - 5 § 1. 2 | — | - 186 sq., |
| - - 7 | — | - 189, |
| - - 16 § 6 | — | - 201, |
| - - 20 § 5 | — | - 208, |

¹⁾ Neuere Scholiasten haben diese Redensart von Stephanus übernommen, s. Hagiotheodoritus Basil. V p. 503. 528.

| | | |
|------------------|---|-----------------|
| Dig. 5, 3, 46 | — | Bas. IV p. 231, |
| - - 50 § 1 | — | - 233, |
| - - 51 pr. | — | - 233 sq., |
| 6, 1, 1 § 3 | — | Suppl. p. 2, |
| - - 10 | — | - 7, |
| - - 17 § 1 | — | - 12, |
| - - 27 § 4 | — | - 19, |
| - 2, 12 § 3 | — | - 46, |
| 7, 1, 12 § 5 | — | - 68, |
| - - 33 § 1 | — | - 81, |
| - - 42 pr. § 1 | — | - 83 sq., |
| - - 63 | — | - 89, |
| - 2, 3 § 2 | — | - 96, |
| - 5, 8 | — | - 110, |
| - 6, 1 | — | - 111, |
| 19, 2, 11 § 2 | — | II p. 338, |
| 22, 1, 3 § 2 | — | - 681, |
| - 3, 3 | — | - 464, |
| - - 6 | — | - 466, |
| 23, 2, 34 § 1 | — | III p. 171, |
| - - 60 pr. | — | - 209, |
| - - 67 § 3 | — | - 180, |
| - 3, 5 § 1. 8. 9 | — | - 347. 350, |
| - - 7 § 3 | — | - 353, |
| - 4, 26 § 2 | — | - 472. |

Nehmen wir hinzu, dass der Index von

| | | |
|----------------|---|----------------|
| Dig. 2, 14, 35 | — | Bas. I p. 621, |
| - 15, 3 § 2 | — | - 669, |
| - - 9 pr. | — | - 683, |
| 3, 2, 20 | — | II p. 449, |
| - - 39 pr. | — | I p. 374, |
| - 3, 75 | — | - 398, |
| - 5, 26 | — | Suppl. p. 144, |
| - - 31 § 4 | — | - 146, |
| 3, 6, 5 § 2 | — | V p. 231, |
| 5, 3, 16 § 6 | — | IV p. 201, |
| - - 18 pr. | — | - 203, |
| 6, 1, 10 | — | Suppl. p. 7, |
| - - 16 § 1 | — | - 11 |

| | | |
|------------------|---|---------------------------|
| Dig. 7, 1, 54 | — | Bas. Suppl. p. 86, |
| 11, 1, 22 | — | IV p. 296, |
| 20, 2, 10 | — | III p. 76 ¹⁾ , |
| 22, 1, 4, § 1 | — | II p. 685, |
| - - 11 pr. | — | - 691, |
| - - 13 pr. | — | - 694, |
| - - 17 pr. § 3 | — | - 696. 698. |
| - - 25 § 1 | — | - 705, |
| - - 37 | — | - 712, |
| - - 41 § 1. 2 | — | - 716 sq., |
| - - 48 | — | - 719, |
| 23, 1, 9 | — | III p. 150, |
| 22, 3, 3. 31 | — | II p. 464, |
| - - 26. 27 | — | - 478 sq., |
| - - 31 | — | - 481, |
| 23, 2, 67 § 3. 5 | — | III p. 180 sq., |
| 23, 3, 30 | — | - 369, |
| - - 66 | — | - 401, |
| - - 69 § 2 | — | - 407, |
| - - 72 pr. | — | - 413, |
| - - 78 § 3 | — | - 421, |
| - - 85 | — | - 427, |
| - 4, 29 pr. | — | - 475, |

— also von denselben Büchern und Titeln der Digesten, auf welche sich nach dem Voranstehenden der Index des Stephanus bezogen hat — sich mit Vorliebe der Redewendung *τὸ ζητούμενον* für quaero und dergl. bedient, so wird der Rahmen anschaulich, innerhalb dessen sich die Arbeit des Stephanus bewegt hat. Und es zeigt sich, dass der Index desselben diejenigen Grenzen nicht überschreitet, über welche hinaus auch von einem Theophilischen Digestenindex keinerlei Spur zu finden ist ²⁾. Denn von Dig. lib. XXIV—L geben die Basilikenscholien die betreffenden Stellen wie es scheint lediglich aus einem Index des Antecessor Dorotheus.

¹⁾ Das Scholium giebt nur ein Stück des Index und zwar ist für *ζήτημα* zu lesen *ζητούμενον*. — ²⁾ Wenn ich in einer Anmerkung zu *Πεῖρα* p. 52 das *πλάτος* d. i. den Index von Dig. 26, 2, 12 dem Stephanus zugeschrieben habe, so habe ich erkannt, dass zu dieser Annahme kein Grund vorlag.

Die vorstehenden tabellarischen Citate lassen gewisse Lücken in der Ueberlieferung des Digestenindex des Stephanus erkennen. Ich spreche nicht von denjenigen Büchern und Titeln, welche in unseren Handschriften der Basiliken entweder überhaupt fehlen oder doch nur ohne die alten Scholien erhalten sind: von den entsprechenden Büchern und Titeln der Digesten müssen begreiflicher Weise die griechischen Indices fehlen. Aber auch da, wo wir die alten Scholien besitzen, fehlen für Dig. lib. 12—15 alle und jede Indices: bei anderen Büchern der Digesten scheinen die Compilatoren der alten Scholien zu den Basiliken einen Index des Stephanus entweder gar nicht gekannt oder aber nur lückenhaft besessen zu haben. So ist wohl zu erklären, dass wir in diesen Büchern an Stelle des Index des Stephanus mitunter Stücke aus anderen Indices in den Scholien aufgenommen finden. So sind die Lücken im Index des Stephanus ergänzt bei

Dig. IX. X aus dem Digestenindex des Dorotheus,

Dig. XVII. XXIII aus dem Index des Theophilus, wie bereits nachgewiesen ist,

Dig. XXII tit. 1. 3 aus einem Index, der einem Theodorus zugeschrieben wird,

Dig. XXII tit. 5 aus einem Index, welcher von Isidorus sein soll.

(Ich habe früher Indices von Theodorus und Isidorus nicht annehmen, sondern an Stelle dieser Namen Dorotheus setzen wollen. Allein der Theodorus kommt auch vor in den *Ῥοπαί* p. 23 und in dem Scholium 1 zu Bas. 11, 1, 58, wo zu lesen ist: *τότε γὰρ αὐτὸς κινεῖ, τουτέστιν αὐτὸς ὁ ἐπερωτήσας καὶ οὐχ ὁ ἐξωτικὸς, ὥς φησιν ὁ Θεόδωρος*. Auch sind die mit Theodorus bezeichneten Indices von eigenthümlicher Färbung. — Was Isidorus betrifft, so sind es nicht bloss *παραγραφαί*, welche unter dessen Namen vorkommen, sondern an der Spitze der Indices von Dig. 22, 5 steht die Inscription *Ἰσιδώρου*, und diese Indices zeichnen sich ausserdem durch eine besondere Eigenthümlichkeit aus, indem sie wiederholt — bei dig. 8 und 21 § 3 in Bas. II p. 393. 400 — auf Mönche und Kleriker exemplificiren. Ob das Scholium 3 *Ἰσιδώρου* in Bas. II p. 483 einen von dem voranstehenden Index des Stephanus

abweichenden Index des Isidorus zu Dig. 22, 4, 5 darstellt oder nicht vielmehr eine Stelle aus dem Codex des Isidorus — Cod. 2, 3, 17 — ist, lasse ich dahingestellt.)

Bisweilen scheint in den Basilikenscholien die Benutzung des einen oder des anderen Index mitten in einem Buche oder gar mitten in einem Titel zu wechseln. So ist vielleicht zu erklären, dass der Index von Dig. 9, 4, 2 pr. § 1 die Ueberschrift *σπεφάνου* hat. So ist ferner in Dig. 22, 1 und 3 nur wenig aus Theodorus, das meiste aber aus Stephanus genommen. Vgl. auch sch. 1 zu Bas. 11, 1, 58.

Verfolgt man die Ueberreste von dem Digestenindex des Stephanus, so erkennt man bald, dass er nicht einfach nach dem Urtexte gearbeitet, sondern einen älteren Index zur Grundlage genommen hat¹⁾. Diesen hat er zum Theil in eine weitläufige Paraphrase umgewandelt, zum Theil aber wörtlich übernommen. In letzterem Falle hat er mitunter den ihm vorliegenden Text exhellenisirt, d. h. lateinische Ausdrücke durch griechische ersetzt; nicht immer glücklich, wie denn z. B. *ἰμπεράτορες* (Feldherren) in Dig. I, 5, 4 § 2 (Bas. IV p. 546) durch *αὐτοκράτορες* übersetzt und durch *οἱ ἐν πολλέμῳ νικῶντες* erklärt ist. Mitunter beschränkt er sich auf Einschaltung einer Erklärung, welche als solche gewöhnlich durch ein *τουτέστι* oder *ἦτοι* kenntlich gemacht ist²⁾. Letzteres möge durch einige Beispiele³⁾ erläutert werden.

Es lautet der Index von Dig. 2, 15, 8 § 17 (Bas. I p. 678): *Ἐὰν ὁ πραιτωρ προσελευσθῇ διχα τοῦ διαγνῶναι τὴν αἰτίαν (τουτέστι μὴ διαγνοὺς πρότερον τὴν αἰτίαν) ἐπιτρέψῃ τὴν διάλυσιν, ἀντὶ οὐδενὸς ἔσται ἡ κατὰ τοῦτον τὸν τρόπον γενομένη διάλυσις. τῷ γὰρ πραιτωρὶ ζητεῖν ὑπὸ τῆς ὀρατίωνος κατεπιστεύθη τὰ τῶν τοιοῦτων διαλύσεων, οὐ μὴν ἀμελεῖν ἢ χαρίζεσθαι (τουτέστι δεῖ τὸν πραιτωρὰ μὴ μόνον διαγινώσκειν, ἀλλὰ καὶ ἐπιμελῶς διαγινώσκειν). εἰ δὲ*

¹⁾ Mommsen sagt in der Vorrede zur Ausgabe der Digesten vom Index des Stephanus: „num ipse Graece fecerit ex Latinis an traxerit ex versione antiquiore, quod magis crediderim, quaerent quorum interest“. — ²⁾ Auch hier ist es zuweilen fraglich, ob des Stephanus Erklärung ganz sicher ist, z. B. wenn er Dig. 17, 2, 79 (B. I p. 784) zu *φαύλην δοκιμασίαν* (pravum arbitrium) hinzusetzt *τουτέστι κακὴν κρίσιν*. — ³⁾ Man vergleiche die ähnlichen Bemerkungen von Mommsen zu Dig. 5, 4, 10.

καὶ μὴ περὶ πάντων ὧν ἡ ὁρατίων ἐπιτρέπει διαγνῶ ὁ πραι-
τωρ, τουτέστιν εἰ μὴ πρὸς τῇ αἰτίᾳ καὶ τὸν μόνον ἐξετάσει
καὶ τὰ πρόσωπα τῶν διαλνομένων, ἄκυρον εἶναι φάμεν τὴν
διάλυσιν, εἰ καὶ τὰ μάλιστα περὶ τινων, περὶ τῆς αἰτίας
τυχόν, ὁ πραιτωρ διέγνω. εἴτε γὰρ τὰ τρία (τουτέστι τὴν
καῦσαν τὸν μόνον τὰ πρόσωπα) μὴ πρότερον διαγνοῖς ἐπι-
μελῶς, εἴτε ἐν ἣ καὶ δεύτερον, τὸ δὲ τρίτον μὴ ἐξετάσας ἢ
ἀμελῶς ἐξετάσας ἐπιτρέψῃ τὴν διάλυσιν, ἀνίσχυρον τὸ γεγονός.

Ein anderes Beispiel bietet der Index von Dig. 3, 5, 3
§ 11 (Bas. Suppl. p. 132): τῆς ζητήσεως οὐσης ἐν τούτοις ὁ
οὐλπιανὸς χώραν ἔχειν φησὶ ἑκατέραν τῶν ἀγωγῶν, τουτέστι
δύνασθαι με κινεῖν κατὰ τιτίου τὴν νεγοτιόρουμ γεστόρουμ,
κατὰ σοῦ δὲ τοῦ ἐντειλαμένον τὴν μανδάτι, καθὰ καὶ αὐτὸς
γράφει ὁ μάρκελλος. ὅν τρόπον εἰ ἐγγνητὴν ἔλαβον μέλλων
δὴ καὶ ἐτοίμως ἔχων τὰ τιτίου διοικῆσαι πράγματα· καὶ
ἐνταῦθα γὰρ φησὶ μάρκελλος καθ' ἑτέρου εἶναι ἀγωγὴν,
τουτέστι δύνασθαι με κατὰ τιτίου τὴν νεγοτιόρουμ γεστόρουμ
καὶ κατὰ τοῦ ἐγγνητοῦ τὴν ἀπὸ τῆς ἐγγύης ἐξιπουλάτου
κινεῖν ἀγωγὴν.

Als drittes Beispiel möge angeführt werden der Index
von Dig. 7, 9, 1 § 4 sqq. (Bas. Suppl. p. 125 sq.), in welchem
der Text verschiedentlich paraphrasirt wird, das *τουτέστι*
neunmal wiederkehrt und dreimal mit *ἦτοι* abwechselt.

Ein Schriftsteller, der für seine Gedanken den passenden
Ausdruck wählt, würde nimmermehr sich solche Tautologien
zu Schulden kommen lassen oder durch das *τουτέστι* κτλ. ein-
gestehen, dass der von ihm im Vorangehenden gebrauchte
Ausdruck nicht deutlich genug gewesen sei. Nur dann wird
man die Erläuterungen durch *τουτέστι* κτλ. für gerechtfertigt
erklären können, wenn die voranstehenden Worte nicht von
dem Schreiber, sondern von einem anderen Schriftsteller her-
rühren und für erläuterungsbedürftig gehalten worden sind.

Dies führt zu der Frage, welcher ältere Index den Er-
läuterungen oder Paraphrasen des Stephanus zu Grunde liegt.
Und der nächstfolgende Abschnitt soll den Nachweis zu er-
bringen suchen, dass dies kein anderer als der Index des
Theophilus gewesen sein kann.

XXI.

Der Digestenindex des Stephanus hat den Index des Theophilus zur Grundlage.

Die Abhängigkeit des Stephanischen Digestenindex von dem des Theophilus würde von vornherein als wahrscheinlich erscheinen, wenn in der That, wie bisher (auch von mir) angenommen worden ist, Stephanus Antecessor in Constantinopel, also Nachfolger des Theophilus, gewesen wäre. Allein eine eingehende Prüfung der für diese Behauptung angegebenen Gründe lässt dieselbe als nicht stichhaltig erkennen.

Man hat gesagt, Stephanus könne nur in Constantinopel, nicht in Berytus Antecessor gewesen sein, denn Berytus sei (nach Theophanes) im Jahre 551 durch ein Erdbeben völlig zerstört worden, habe also zu des Stephanus Zeit, d. i. gegen Ende der Regierung des Kaisers Justinian nicht Sitz einer Rechtsschule sein können. Allein wir wissen aus der Vorrede zu des Athanasius Epitome Novellarum, dass die Rechtsschule von Berytus zeitweise nach Theupolis (Antiochien) verlegt worden war: Stephanus kann also an der Uebersiedelung Theil genommen haben.

Man hat ferner gesagt, Stephanus führe die Novellen nach einer Sammlung an, welche der in Constantinopel gebräuchlichen von 168 Stücken ähnlich sei, und dies weise darauf hin, dass er in Constantinopel gelebt und gelehrt habe. Allein ein Constantinopler Ursprung der Sammlung von 168 Stücken möchte denn doch noch grossen Zweifeln unterworfen sein: die Aufnahme z. B. von Nov. I. IV. VII als Nov. 155. 152. 160 in jene Sammlung weist vielmehr auf einen Berytischen Ursprung hin. Zudem war der Verkehr zwischen Constantinopel und Beryt lebhaft genug, um Sammlungen und Bücher von der einen Rechtsschule leicht an die andere gelangen zu lassen.

Sind nun die angeführten Gründe nicht stichhaltig, so fällt um so mehr ins Gewicht, dass im Index von Dig. 3, 4, 3 (Bas. I p. 420), welcher wahrscheinlich, und von Dig. 6, 1, 10 (Bas. Suppl. p. 7) und 22, 3, 1 (Bas. II p. 463), welcher zweifellos aus dem Digestenindex des Stephanus stammt, in Beispielen von Phöniciern und dem *Φοινικάρχης* und von

Palästina, sowie von Syropiastae und Aegyptopiastae die Rede ist. So erwähnt auch eine wohl von Stephanus herrührende Anmerkung bei Dig. 13, 6, 3 § 6 (Bas. II p. 5) eine Friedensdemonstration in Theupolis (Antiochia) *παριόντος* — so muss statt *παριόντος* gelesen werden — *ἐκεῖ τοῦ πατριχίου βελισσαρίου*. Endlich im Index von Dig. 5, 2, 1 (Bas. IV p. 1), dessen Verfasser wohl Stephanus ist, heisst Justinian *ὁ καλλίνικος*¹⁾ *ἡμῶν βασιλεύς*. Diese Bezeichnung ist ungewöhnlich und von Stephanus auch sonst nicht gebraucht, sie begegnet nur noch bei Athanasius Epit. Nov. IX, 2. Wir werden also durch dieselbe ebenfalls auf Theupolis oder Berytus hingewiesen, wo die erfolgte Beilegung der mit den Persern geführten Kriege zum Aufkommen eines solchen Beiwortes die Veranlassung gegeben haben mochte.

Ist es aber hiernach so gut wie gewiss, dass Stephanus der phönicisch-syrischen Rechtsschule angehört, so darf man doch daraus nicht folgern wollen, dass er ein Werk des Constantinopler Antecessors Theophilus nicht habe zur Grundlage seines Digestenindex nehmen können. Denn der Zusammenhang der juristischen Welt und Gelehrsamkeit dieser Rechtsschule mit der Constantinopler scheint ein ziemlich enger gewesen zu sein, wie schon die Berufung Berytischer Antecessoren als Mitarbeiter an Justinians Gesetzsammlungen nicht ohne nachhaltigen Einfluss geblieben sein kann.

Man darf sich auch dadurch nicht irre machen lassen, dass Stephanus, wo er die Institutionen citirt, dies nicht nach der Bearbeitung des Theophilus, sondern nach einer anderen, wie es scheint kürzeren, thut; dass dies allerdings der Fall ist, möge aus folgender Tabelle hervorgehen. Es wird von Stephanus citirt:

| Inst. | im | zu Dig. | in den Basiliken |
|-----------|-------|--------------|------------------|
| 1, 4 pr. | Index | 1, 5, 5 § 3 | IV p. 546 |
| 1, 4 § 1 | Index | 1, 5, 6 | IV p. 547 |
| 1, 11 § 3 | Index | 5, 2, 8 § 15 | IV p. 16 |
| 1, 21 pr. | Index | 2, 14, 28 | I p. 611 |
| 2, 1 § 9 | Anm. | 17, 2, 39 | I p. 745 |

¹⁾ Erinuert an „includus victor“ in der Ueberschrift des Proömiums der Institutionen, und „ἐνδοξος νικητής“ in der Ueberschrift der Mandata in Nov. XXI (17), und der c. Tanta und *Δέδωκεν*.

| Inst. | im | zu Dig. | in den Basiliken |
|------------|-------|---------------|-----------------------------|
| 2, 1 § 27 | Index | 6, 1, 3 § 2 | Suppl. p. 4 |
| 2, 1 § 28 | Index | 7, 4, 23 | Suppl. p. 107 |
| 2, 1 § 30 | Anm. | 6, 1, 37 | Suppl. p. 22 |
| 2, 1 § 41 | Index | 2, 14, 16 § 1 | I p. 585 |
| 2, 7 § 2 | Index | 2, 14, 7 § 9 | I p. 570 |
| 2, 20 § 18 | Anm. | 6, 1, 1 § 3 | Suppl. p. 1 |
| 3, 10 § 3 | Anm. | 15, 1, 42 | Suppl. p. 227 ¹⁾ |
| 3, 19 § 10 | Anm. | 12, 1, 9 | II p. 598 |
| 3, 19 § 19 | Anm. | 12, 1, 9 | II p. 598 |
| 3, 23 | Index | 2, 14, 4 § 1 | I p. 555 |
| 3, 29 § 2 | Anm. | 2, 15, 4 | I p. 670 |
| 3, 29 § 3 | Anm. | 2, 14, 7 § 12 | I p. 571 |
| 3, 29 § 3 | Anm. | 12, 1, 9 | II p. 598 |
| 4, 1 § 16 | Anm. | 5, 3, 19 pr. | IV p. 204 |
| 4, 4 § 10 | Anm. | 3, 3, 33, § 2 | I p. 370 |
| 4, 4 § 10 | Index | 3, 3, 8 | I p. 362 |
| | | 3, 3, 42 § 1 | I p. 382 |
| 4, 6 § 33 | Index | 2, 14, 27 § 6 | I p. 606 |
| 4, 7 § 8 | Anm. | 17, 2, 84 | I p. 789 |
| 4, 8 § 3 | Index | 1, 5, 13 | IV p. 548 |
| 4, 12 § 1 | Index | 2, 14, 13 | I p. 584. |

Ein Vergleich der angeführten Citate mit den Institutionen des Theophilus wird jedem die Ueberzeugung aufdrängen, dass Stephanus nicht jene, sondern (wenn nicht etwa das Original) jedenfalls eine andere Bearbeitung bei seinen Citaten gemeint hat. Aber man darf daraus nicht folgern wollen, dass er desshalb bei seiner Bearbeitung der Digesten auch nicht den Digestenindex des Theophilus zur Grundlage genommen haben könne. Wie leicht ist es möglich, dass Stephanus vorher selbst die Institutionen bearbeitet hatte (wofür mancherlei spricht) und daher das eigene, nicht das fremde Werk citirt!

Sind nun die Bedenken beseitigt, welche gegen die Behauptung, dass des Stephanus Digestencommentar eine Bearbeitung des Theophilischen Index darstelle, geltend gemacht werden könnten, so spricht für diese Behauptung, dass nach

¹⁾ Die Lücken sind hier wohl so zu ergänzen: ἐπι[τέ]τρα[πται] τοῖς
 κρεῖτ[ιστοι]σιν διὰ).

den Ausführungen in Abschnitt XX sowohl der Umfang beider Indices als die theils identische theils ähnliche Redeweise auf eine nahe Verwandtschaft hinweisen.

Insbesondere aber wird dieselbe bestätigt durch eine Reihe von Stellen, wo der Index des Stephanus wiederholt, was anderweit als Meinung des Theophilus bezeugt ist.

Von Dig. 3, 2, 4 lautet der Index des Stephanus in Basil. II p. 434: τὰ μὲν οὖν εἰρημμένα χάραν ἐχέτωσαν ἐπὶ τῶν ἄλλων ὅσοι τέχνης ἕνεκα παιγνικῆς κατέρχονται εἰς σκηνὴν. τοὺς μέντοι ἀθλητὰς οὐδεὶς ἂν εἴποι ἀτίμους. βιωτούτις γὰρ καὶ οὐ τέχνης ἕνεκα παιγνικῆς ἀγωνίζονται. καὶ ἀπλῶς εἰπεῖν πάντες οὕτω νομίζουσιν, ὅπερ καὶ λυσιτελές ἐστιν, ὅτι οὔτε οἱ θυμαλικοὶ (τουτέστιν οἱ τὰ ἐνθύρια λέγοντες ἐν τοῖς ὀλυμπίοις) οὔτε οἱ ξυστικοὶ (τουτέστιν οἱ ἐν ξυστῶ ἀγωνιζόμενοι, πύκται τυχὸν καὶ τραγωδοὶ καὶ ὅσοι τοιοῦτοι) οὔτε οἱ ἡνίοχοι (hier hat sich in das Scholium eine längere παραγραφὴ eingeschlichen, was weder Fabrot noch Heimbach bemerkt hat: den Zusammenhang stellt der Schreiber wieder her, indem er wiederholt:) οὔτε οἱ ἡνίοχοι οὔτε οἱ τοῖς ἵπποις ῥαίνοντες ὕδωρ οὔτε οἱ λοιποὶ ὑπηρέται τῶν ἐν τοῖς ἱεροῖς ἀγῶσι δουλειόντων ἀτιμοὶ εἰσιν. Dieser Index ist, — abgesehen von den Parenthesen, welche Zuthaten des Stephanus sind, — offenbar wörtlich von Theophilus entlehnt. Denn Theophilus, welcher in den Institutionen II, 18 § 1 die „ἡνίοχοι“ zu den αἰσχυρὰ πρόσωπα gerechnet hatte, wird deshalb von dem schon oben angeführten Scholiasten mit den Worten getadelt: καὶ αὐτὸς γὰρ ὁ θεόφιλος ἐν τῷ οἰκείῳ ἰνδίκι τῶν πρώτων οὐ λέγει τοὺς ἡνιόχους αἰσχυρὰ ἢ ἀτιμα πρόσωπα.

Von Dig. 3, 5, 6 § 6 (Bas. Suppl. p. 134) besagt der zu Anfang defecte Index des Stephanus: ἐπειδὴ ὁλως μὴ διαθήσει αὐτοῦ ἀλλὰ τοῦ ἱπεξουσίου τὸν οἰ[κέτην ἡγόρασεν]. Diesen Grund lässt ein altes Scholium (Basil. XVII, 1 schol. 16) von Theophilus ausgesprochen sein, dem also Stephanus hier gefolgt ist.

Dig. V, 3, 57 (Bas. IV p. 236) lautet der Index des Stephanus: Κατεῖχέ τις ἀλλοτρίαν κληρονομίαν. πρῶτος δέ τις ἐπεφύη αὐτῷ λέγων ἑαυτὸν εἶναι κληρονόμον, καὶ ἐκὼν ὁ νεμόμενος ἐδεφένδευσε πρὸς αὐτὸν τὴν κληρονομίαν, τουτέστι

δέδωκεν αὐτῷ τὴν ἰουδικάτουρμ σόλωνι ἱκανοδοσίαν. ἀλλὰ μετὰ ταῦτα καὶ σεκοῦνδος ἐπεφύη κτλ. Auch hier scheint Stephanus lediglich dem Theophilus zu folgen. Denn ein Scholiast bemerkt: *ὁ ἰσίδωρος φησιν ἅμα τοὺς δύο προκατάρξασθαι καὶ τὸν ἕνα ἀμελῆσαι, Θεόφιλος δὲ κατὰ διαφόρους καιροὺς αὐτοὺς λέγει προκατάρξασθαι.*

Allerdings fehlt es nicht an Stellen, wo der Index des Stephanus von Theophilus abweicht. So z. B. bei Dig. 3, 3, 75 (Bas. I p. 399) und 6, 2, 11 § 1 (Bas. Suppl. p. 44). Aber an beiden Orten sucht Stephanus seine Abweichung von Theophilus ausdrücklich zu rechtfertigen: ein Beweis, dass er ihm sonst regelmässig folgt.

So wird es denn als höchst wahrscheinlich anzusehen sein, dass der Digestenindex des Theophilus für des Stephanus Index die Grundlage gebildet habe.

XXII.

Die Summen der Digesten von Cyrillus und Anonymus sind nicht abhängig von den Indices des Theophilus, Dorotheus, Stephanus.

Bekanntlich haben sich in den Basiliken und deren Scholien nächst Bruchstücken aus den eigentlich sogenannten Indices der Digesten auch Bruchstücke von Summen derselben erhalten, und zwar von Summen, die jünger als jene Indices sind und deren eine Cyrillus (der vielleicht mit dem Quirillus der Nov. XXVII (35) identisch ist), die andere einen Anonymus zum Verfasser hat. Aus letzterer ist in der Regel der Text der Basiliken entnommen, während erstere in den alten Scholien nachgetragen ist: von lib. XL sqq. der Digesten aber ist der Text der Basiliken regelmässig aus Cyrillus geschöpft.

Mommsen, der auch die Summen von Anonymus und Cyrillus für die Kritik der Digesten nutzbar gemacht hat, ist zugleich der erste gewesen, der (in der Vorrede zur Ausgabe der Digesten) auf das Verhältniss derselben zu den älteren Indices aufmerksam gemacht hat. Er selbst ist zu dem Ergebnisse gelangt, *tam Cyrillum quam Anonymum ante oculos habuisse praeter archetypum etiam versionem pleniorum, d. h. den einen oder den anderen Digestenindex.* Ich habe diesen Gegenstand weiter zu verfolgen versucht in der Hoffnung, dass sich vielleicht Theophilus als Quelle des Cyrillus erweisen

lassen werde. Diese Hoffnung ist indessen nicht in Erfüllung gegangen: auch meine Forschungen lassen es unbestimmt, wieviel und welche ältere Indices der Digesten die genannten Epitomatoren vor Augen gehabt haben.

Ich will hier die Stellen anführen, die ich mir als wichtig für diese Frage notirt hatte.

Dig. 2, 14, 5 (Bas. I p. 557). Das *περὶ εἰρήνης* des Textes wiederholen ein alter Index (Dor.?) Cyrillus und Anonymus, der Index des Stephanus hat es nicht.

Dig. 2, 14, 7, § 2 (Bas. I p. 559. 562). Hier hat ein alter Index (Dor.?) ebenso wie der Index des Stephanus *εὐλογος αἰτία*. Der Text hat es nicht, ebenso wenig Cyr. und Anon.

Dig. 2, 14, 21 § 4 (Bas. I p. 593). Der Index des Stephanus und des Anonymus sprechen einfach von einem *pactum de non petendo*, ein anderer alter Index (Dor.?) denkt an ein *συγχωρεῖν ἐξιούσης τῆς αἰρέσεως μετὰ τὴν αὐτεξουσιότητα*, Cyr. beschränkt sich darauf, mit dem Texte *πακτεύει* ohne Zusatz zu sagen.

Dig. 2, 14, 60 (Bas. I p. 638). Der Index des Stephanus übersetzt die *necessariae personae si idoneae sint* mit *συγγενεῖς* ohne Zusatz. Anon. sagt *συγγενεῖς εὐποροί*, Cyr. *ἐξ ἀδιαθέτου ἀξιόπιστοι*, ein anderer alter Index (Dorotheus?) *συγγενεῖς ἀξιόπιστοι*. *Ἀξιόπιστος* für *idoneus* wird von Dorotheus auch Dig. 47, 2, 52 § 15 (Bas. V p. 500) gebraucht.

Dig. 2, 15, 8 § 19 (Bas. I p. 679) nennt der Index den *κόμης τῶν πριβάτων* und *τῶν θησαυρῶν*, Anon. den *φροντιστὴς τοῦ βασιλέως* und den *κόμης τῆς ἰδικῆς περιουσίας*, Cyr. den *προκουράτωρ τοῦ καίσαρος* und *τοῦ βασιλέως*.

Dig. 7, 1, 15 pr. (Bas. Suppl. p. 71). Stephanus hat *refigere* gelesen, Anon. *reficere*.

Dig. 9, 2, 2 § 2 (Bas. V p. 263). Hier hat der Index des Dorotheus: *οἶον πρόβατα αἶγας [βοῦς]¹⁾ ἵππους ἡμιόνους [ὄνους] . . . χοίρους . . . ἐπειδὴ ἐργάζονται*

¹⁾ So ist wohl hier zu suppliren und demnächst *ὄνους* durch Gemination zu ergänzen.

ἡμῖν εἰ καὶ ἡ φύσις αὐτῶν ἀγρία ἐστίν. Anon. kehrt die Sätze um: οἶον βοῦν αἶγα πρόβατον μοῦλαν ἵππον ὄνον σῦν . . . ὥς καὶ φύσει ἄγριοι καὶ ὑποζυγίων χρεῖαν ἐπιτελοῦντες.

Dig. 9, 2, 9 § 1 (Bas. V p. 270). Auch hier andere Stellung der Sätze. Dorotheus: ἐπιχέη κατὰ τινος φάρμακον ἢ τῶν διὰ στόματος καταπινομένων ἢ διὰ [κλυστήρος, ἢ διὰ] κακίστου φαρμάκου ἐπιβουλεύσῃ τινι. Anonymus: ἀλείψει τινὰ φαρμάκῳ ἢ ἐμβάλῃ αὐτὸ διὰ στόματος ἢ κλυστήρος.

Dig. 9, 2, 27 § 9 (Bas. V p. 290 sq.). Dorotheus: τὸν μισθωσάμενον. Anonymus: τοῦ ἐνοίκου. Cyrillus: τοῦ κολωνοῦ.

Dig. 9, 2, 27 § 11 (Bas. V p. 291 sq.). Das ἐν εἰδήσει im Index des Dorotheus hat weder Cyrillus noch Anonymus.

Dig. 9, 2, 27 § 25 (Bas. V p. 295 sq.). Dor.: τὰς σιαφυλάς . . . ὠμοτέρας. Anon.: ἄωρον . . . ἄμπελον.

Dig. 10, 2, 39 § 2 (Bas. IV p. 272). Der Index hat dem Text entsprechend ἕως ἔτι ζῇ¹⁾, Cyrillus ἐφ' ὅσον ζῇ, Anonymus dagegen ἐν τῷ μεταξὺ.

Dig. 10, 3, 3 pr. (Bas. I p. 793). Der Index hat eine andere Wortstellung als der lateinische Text, und Cyrillus folgt ihm darin. Anonymus ordnet die Worte wiederum anders.

Dig. 10, 3, 3 § 1 (Bas. I p. 793). Anonymus hat ἀδόλως, wie der Text sine dolo malo. Index und Cyrillus ignorieren dies.

Dig. 10, 3, 7 § 9 (Bas. I p. 801). Der Index: οὐ δύναται . . . κινεῖν τὸ κομποῦνι διβιδοῦνδο οὐτίλιον, ἀλλὰ διρέκτως, ἐπειδὴ τὴν ἐν ῥέμῃ ἔχει. Cyrillus: διρέκτως κινουῦσιν. Anonymus: οὐτίλιον οὐκ ἔχει, ἐπειδὴ τὴν ἐπὶ τῷ πράγματι (d. i. ἐν ῥέμῃ) ἀγωγὴν ἔχει. Der Text hat vindicationem.

Dig. 10, 4, 2 (Bas. Suppl. p. 50). Index und Cyrillus haben παραγαγεῖν (oder φανερωῖσαι) τὸ πρᾶγμα, Anonymus παραγαγεῖν ohne τὸ πρᾶγμα.

¹⁾ Dorotheus im Index von Dig. 38, 16, 1 § 4 (Bas. IV p. 477) ἕως ὅτε ζῇ. So ist wohl auch statt ἕως ἔτι zu lesen. Dor. liebt das ἕως ὅτε s. Dig. 38, 7, 5 § 1. 17, 1 § 9 (Bas. IV p. 504. 487).

- Dig. 10, 4, 3 § 14 (Bas. Suppl. p. 52). Der Index hat *διέφθαιρε*, Anonymus *γράφῃ* (conscripsit im Texte). Cyr. fehlt.
- Dig. 10, 4, 9 pr. (Bas. Suppl. p. 56). Anon.: *σκορπισθέντος ἢ ἐκχυθέντος*, der Index umgekehrt (nach dem Texte) *ἐκχέῃ ἢ . . . συγκλάσῃ*. Cyr. fehlt.
- Dig. 11, 3, 1 § 3 (Bas. V p. 381 sq.). Der Index hat *dolo malo*, Anonymus nicht.
- Dig. 11, 4, 1 § 1 (Bas. V p. 407). Dorotheus: *τοῖς τῆς πόλεως στρατηγοῖς*. Cyr.: *τῷ ἄρχοντι*. Anon. *τῇ τάξει*.
- Dig. 11, 4, 1 § 8 (Bas. V p. 408). Der Index: *δημοσία ἢ ἐν ναῷ*, die Summe *ἐν ναῷ ἢ τόπῳ δημοσίῳ*.
- Dig. 11, 6, 5 pr. (Bas. V p. 422). Der Index: *ἐλευθερωθῇ*, Cyr. und Anon.: *βλάβῃ*.
- Dig. 16, 3, 1 § 3 (Bas. II p. 24). Der Index übersetzt *tumultus* mit *ταραχῆς*, Anon. und Cyr. mit *θορύβου*. In Dig. 47, 8, 4 pr. (Bas. V p. 569) sagt Dorotheus *ταραχῇ καὶ θορύβῳ*, ebenso Dig. 47, 10, 7 § 5. 48, 6, 11 (Bas. V p. 620. 600).
- Dig. 17, 1, 10 § 3 (Bas. II p. 82 sq.). Anon. lässt „*legitimo modo*“ aus, der Index aber sagt: *τοὺς κατὰ κλίμα συνεχάζοντας καὶ τὸ ἐκ νόμων μέτρον μὴ ἐξιόντας*. Cyr. fehlt.
- Dig. 17, 1, 12 § 8 (Bas. II p. 93). Das *ἐκχωρήσῃ τὸν ἀγρὸν* des Anonymus kennt weder der Text noch Index oder Cyrillus.
- Dig. 17, 1, 34 pr. (Bas. II p. 121). Hier haben Theophilus und Cyrillus das „*nihilo magis*“ anders verstanden als Anonymus, daher jene *συνίστασθαι δάνειον* oder *τίπτεται* scil. *δάνειον* sagen, dieser dagegen *οὐ συνίσταται δάνειον*.
- Dig. 17, 2, 30. 46. 69 (Bas. I p. 740 sqq.) scheint Anonymus besser mit Theophilus zu stimmen als Cyrillus.
- Dig. 22, 1, 21 (Bas. II p. 702). Der Index: *διὰ τὸ ἐγγυήσασθαι μέτινας πρὸς αὐτὸν ἢ διὰ τὸ εὐτρεπίσαι μετὴν καταβολὴν καὶ διὰ τὸ ἀντιτιθέναι παραγραφὴν*. Anonymus hat den hervorgehobenen Satz nicht und kann im lateinischen Texte das *vel* vor *fideiussoribus* nicht gelesen haben.

- Dig. 22, 5, 8 (Bas. II p. 393). Die quibus venire non licet erklärt der Index durch *μοναχοὺς ἢ κληρικοὺς περὶ τὴν θείαν λειτουργίαν ἀπησχολημένους*. Anon. hat *οἱ καλούμενοι ἱερεῖς ἢ κληρικοί*.
- Dig. 22, 5, 16 (Bas. II p. 398). Der Index *τιμωρῆσαι προσφόρως*. Anon. *ὑπὸ τῶν προσφόρων ἀρχόντων τιμωροῦνται*.
- Dig. 23, 3, 59 § 3 (Bas. III p. 395 sq.). Anon. (qui hic saepe pendet ab altero interprete, sagt Mommsen) stimmt mit Dor. Abweichend ist Cyr., falls dessen Text nicht verdorben ist.
- Dig. 23, 3, 60 (Bas. III p. 396). Die Worte „quousque ratio patitur“ lässt Anonymus unberücksichtigt. Der Index übersetzt *τοῦ καλῶς ἔχοντος λογισμοῦ σκοπούμενον*, ein Ausdruck, der auch im Index von Dig. 3, 1, 1 (Bas. I p. 323) gebraucht ist. Cyrillus sagt *μὴ ὑπὲρ τὸ νόμιμον*, indem er die ratio von der Bemerkung Justinians zu verstehen scheint, der in Nov. XLVIII (22) c. 18 die *μεγίστη προίξ* auf 100 Pfund Goldes beschränkt sein lässt.
- Dig. 23, 3, 78 § 2 (Bas. III p. 420). Ich nehme an, dass der Index hier eine Lücke hat, und schlage vor zu lesen: *κἂν τὰ μάλιστα γὰρ οὐχ οἷόν τε ἦν ἐπὶ τὴν γυναῖκα μὴ ἔχουσιν τὴν προπριεταρίαν τὸν οὐσούφρουκτον μετατεθῆναι, [οὐκ ἔμελλε δὲ παραδοθῆναι] ¹⁾ εἰ μὴ τίμημα ἢ ἄλλην τινὰ εὐεργεσίαν παρὰ τοῦ προπριεταρίου πρότερον ἐχομίσατο*. Es bleibt aber alsdann noch immer eine Differenz zwischen Anonymus und dem Index des Stephanus: dieser übersetzt beneficium mit *εὐεργεσία*, jener aber denkt an ein *δωρηθῆναι*.
- Dig. 24, 2, 9 (Bas. III p. 233). Dor.: *παρὰ μαρτύρων ὑπογραφόμενον*. Anon.: *προσληφθῶσιν μάρτυρες* nach dem Texte „adhibitis testibus“. Vgl. den Index von Dig. 48, 5, 43 „*ὑπέγραψαν*“ (Bas. V p. 742).

¹⁾ Scil. *παρὰ τοῦ ἀνδρὸς παρ.*, was vielleicht auch noch zu ergänzen ist.

- Dig. 24, 3, 2 pr. (Bas. III p. 238). Anon. und Cyr. haben conform dem Texte ἐξ ἀρχῆς. Dor. kennt das „ab initio“ nicht.
- Dig. 24, 3, 7 § 3 (Bas. III p. 243) haben Dor. und Anon. menses statt messes im Text gelesen.
- Dig. 27, 1, 23 § 1 (Bas. III p. 691). Text: ab eo tutores dentur qui in castris merebat. Anon.: παρὰ στρατιωτικῶν ἀρχόντων δοθέντες. Cyr. (oder Index?): παρὰ τοῦ ἐν τῷ αὐτῷ κάστρῳ στρατευομένου δοθέντες.
- Dig. 27, 2, 3 § 5 (Bas. III p. 709). Index: τῶν πονπίλλων ἢ τῶν νέων. Anon.: τῶν ἡτιόνων τῶν κ' ἐτῶν. Cyr.: τῶν νέων ἕως κ' ἐνιαυτῶν. Hier folgen Anon. und Cyr. anscheinend einem Texte, welcher entspricht dem Florentiner „quae intra XX annum constitutae sunt“. Dor. dagegen kann die Worte „pupillarum — constitutae sunt“ nicht gelesen haben, wenigstens ignorirt er sie.
- Dig. 27, 3, 9 § 7 (Bas. III p. 718). Anon. (wenn man die ἐξελληνισμοὺς des Basilikentextes beseitigt) und Cyr. folgen dem lateinischen Texte, Dor. aber scheint das letzte Wort „condictio“ nicht gelesen zu haben.
- Dig. 27, 3, 24 (Bas. III p. 722). Anon.: οὐτε τῇ κατὰ τῶν ὡς ἐπιτρόπων ἀγωγῇ. Dor. scheint die protutela actio im Texte nicht gekannt zu haben. Vgl. Mommsen ad h. l.
- Dig. 27, 9, 3 § 1 (Bas. III p. 749). Anon. hat (nach Auflösung der ἐξελληνισμοί) „damni infecti, rei servandae, legatorum servandorum“, Dor. „legatorum servandorum, damni“ gelesen. Auch sonst scheinen dieselben verschiedene lateinische Texte vor sich gehabt zu haben.
- Dig. 37, 1, 14 (Bas. IV p. 55). Dor. hält Propinquus für einen Namen. Anon. aber übersetzt Συγγενής.
- Dig. 39, 5, 8. 31 pr. (Bas. IV p. 567. 575). Der Basilikentext — also wohl Anonymus? — folgt entschieden dem Index des Dorotheus.
- Dig. 40, 8, 8 (Bas. IV p. 713). Dor. συναινούσης τῆς μητρὸς entsprechend dem lateinischen „matre consentiente“.

Cyr. aber, aus welchem hier der Basilikentext stammt: *εἰ μὴ μετέγνων*, als ob der Text laute: *matre non poenitente*.

Dig. 48, 7, 4 § 1 (Bas. V p. 601). Dem Florentinischen Text folgt Anon. Dor. aber hat *de adulteri servo* und *praetori* gelesen.

Die vorstehend angeführten Stellen lassen so viel erkennen, dass von einem einseitigen Anschliessen etwa des Cyrillus an Theophilus oder des Anonymus an Dorotheus jedenfalls nicht die Rede sein kann. Mithin können die von jenen Epitomatoren herrührenden Summen nicht dazu benutzt werden, um je nach deren Zustimmung oder Abweichung die Urheberschaft der einzelnen uns erhaltenen Indices von Digestenstellen zu bestimmen.

XXIII.

Die stylistischen Eigenthümlichkeiten der alten Indices.

Alle Untersuchungen über die alten griechischen Indices der Digesten werden sehr erschwert dadurch, dass deren Bruchstücke nicht bloss in den Scholien der Basiliken erhalten, sondern Stellen aus denselben auch in den Text der Basiliken übergegangen sind. Darauf hat schon Heimbach in seiner Ausgabe to. V p. 45 aufmerksam gemacht. Da solche Stellen meist den von den Compilatoren der Basiliken beliebten Aenderungen unterlegen haben (— Bas. 11, 2, 3 th. 3 z. B. ist aus dem Index von Dig. 2, 15, 3 § 2 und der Summe dieser Stelle von Cyrillus zusammengesetzt —), so ist es doppelt schwierig, deren Herkunft zu bestimmen.

Noch mehr werden die Untersuchungen erschwert durch die mangelhafte Wiedergabe des ohnehin nur fragmentarisch Ueberlieferten in den Ausgaben von Fabrot, Ruhnken und Heimbach, worüber schon Mommsen geklagt hat. Man hat erst mühsam zusammenzusuchen, was in den Scholien der Basiliken aus den alten Indices entnommen ist, und ist man zu einer Uebersicht über das Erhaltene gelangt, so gilt es die überlieferten Bruchstücke kritisch zu prüfen, wo die Handschriften verderbte Lesarten¹⁾ oder ungelenke Verdollmetsch-

¹⁾ Der Index von Dig. 2, 15, 5 (von Dorotheus?) in Bas. I p. 670 übersetzt anscheinend die Worte *interpretatio prudentium fregit* mit

ungen lateinischer Ausdrücke bieten, was zumal bei den erstmals von Heimbach herausgegebenen Scholien keine leichte Arbeit ist.

Endlich ist des Umstandes zu gedenken, dass die Basilikenscholien nicht bloss von dem Index des Stephanus Bruchstücke geben, sondern auch von dessen Anmerkungen zum lateinischen Originale. Diese mit „*παραγραφῇ*“ oder „*στέφανος ἐκ τῶν παραγραφῶν*“ bezeichneten Anmerkungen können insofern verwirrend wirken, als man geneigt ist, sie mit dem Index in Verbindung zu bringen, d. h. auf Stephanus als den Verfasser des Index derjenigen Stellen zu rathen, bei welchen sich dergleichen Anmerkungen in den Scholien vorfinden. (Ich selbst bin dadurch oftmals irre geführt worden¹⁾, noch öfter ist dies Heimbach im Manuale begegnet. Auch Ferrini irrt, wenn er in der Memoria sull' esistenza della formula proibitoria S. IV die *παραγραφὰς* für integrierende Bestandtheile des Index hält.)

Den geschilderten Schwierigkeiten zu entgehen, giebt es nur einen einzigen Weg, der wenigstens theilweise zum Ziele zu führen verspricht. Er besteht in der sorgfältigsten Beachtung der Schreibweise eines jeden der alten *ἰνδixενται*. Es ist der Weg, der schon in den vorstehenden Abschnitten eingeschlagen worden ist und der auch bei ferneren Forschungen betreten werden muss.

Es handelt sich dabei nicht bloss um Beachtung der bereits vorhin angeführten charakteristischen Redensarten und anderes ähnliches: wie z. B. in dem Index von Stephanus des *ζητήσεως ἄξιον* oder *ἄξιον ζητῆσαι* oder *σχοπῆσαι* (Dig. 2, 14, 21 § 5. Bas. I p. 594; Dig. 4, 5, 5 § 2. Bas. IV p. 555; Dig. 5, 2, 8 § 8. 9. Bas. IV p. 13. 14; Dig. 5, 4, 10. Bas.

ἡ τῶν συμφώνων στενοχωρία συγχωρεῖ! Ich glaube endlich den Schlüssel zu diesem Räthsel gefunden zu haben: *συμφώνων* ist aus *σοφῶν*, *στενοχωρία* aus *οὐ συγχωρεῖ* gemacht, *ἐρμηνεία* war ausgefallen! — Uebrigens lautet auch oft dieselbe Stelle in den verschiedenen Handschriften, ja in derselben Handschrift, gar sehr verschieden. Man vergleiche z. B. den Index von Dig. 17, 1, 22 § 8. Bas. II p. 102.

¹⁾ Solche *παραγραφὰς* scheint Stephanus auch zu solchen Theilen der Digesten geschrieben zu haben, auf welche sich sein Index kaum erstreckt hat. Man vergleiche z. B. die Anmerkung zu Dig. 26, 7, 57 pr. in Bas. II p. 526 sch. 15.

IV p. 249; Dig. 16, 3, 1 § 47. Bas. II p. 39; D. 17, 2, 63 § 3. Bas. I p. 766; Dig. 23, 3, 36. Bas. III p. 372), *φθάσαντες εἶπομεν* (Dig. 5, 2, 8 § 10. Bas. IV p. 15) oder *προϊὼν*¹⁾ ὁ λόγος διδάξει σε, — oder in dem Index von Dorotheus der Art, wie er das quaerit oder tractat oder quaeritur des Textes durch ein referirendes *ἐζήτησεν*, *ἐζήτησε* oder *ἐζητήθη* wiedergiebt, im Gegensatze zu Theophilus oder Stephanus, welche sich in der Regel dem Texte anschliessen. Sondern es gilt die feineren Unterschiede in der Schreibweise oder der Sprache der alten *ἰνδίκωνται* zu beachten, wie z. B. Stephanus *νομοθέτης* und *νομικὸς* unterscheidet (mit letzterem bezeichnet er den einzelnen Iurisconsultus, mit ersterem denjenigen, der die Digesten abgefasst und publicirt hat —)²⁾, wie die Bezeichnung des Pflichttheils gewöhnlich durch *νόμιμον μέρος* erfolgt, von Stephanus (?) aber *νόμιμον ποστημόριον* (D. 5, 2, 8 § 6. 8. Bas. IV p. 12) gebraucht wird: wie Dorotheus einige Male officium (iudicis, tutoris) mit *ἔργον* wiedergiebt (Dig. 10, 2, 2 § 5. Bas. IV p. 253 — dig. 15, 18 § 2. Bas. IV p. 256. 258. — Dig. 24, 3, 24 § 2, Bas. III p. 266. — Dig. 27, 3, 1 § 3. Bas. III p. 713. — Dig. 47, 10, 17 § 18. Bas. V p. 634), während die Anderen *ὁφφίσιον* als technisch beibehalten: wie endlich Dorotheus das Beiwort *divus* vor Kaisernamen entweder ganz weglässt oder einfach mit *θεῖος* übersetzt (Dig. 24, 1, 3 § 1. Bas. III p. 500. — Dig. 25, 3, 5 § 15. Bas. III p. 522. — Dig. 27, 5, 1 pr. Bas. III p. 730. — Dig. 27, 8, 6. Bas. III p. 742. — Dig. 27, 10, 16. Bas. III p. 773 u. s. w.)³⁾, während Andere, wie Theophilus in den Institutionen, *θειότατος* sagen (Dig. 2, 14, 10 pr. Bas. I p. 578. — Dig. 2, 15, 8. Bas. I p. 673. 677. — Dig. 17, 1, 6 § 7. Bas. II p. 76. — Dig. 22, 5, 3 § 1. 6. Bas. II p. 387. 391. — Dig. 23, 2, 67 § 3. Bas. III p. 180).

Möge es auf diesem Wege mit der Zeit gelingen, in Betreff des Ursprungs der einzelnen in den Scholien der Basiliken erhaltenen Digestenindices zu immer sichereren Ergeb-

¹⁾ Bas. II p. 384 hat Heimbach dafür *περὶ ὧν*, und Bas. I p. 554 gar *προῖχα* (gratis)!! Aehnlich Theoph. Inst. 1, 5 pr. *προϊόντος τοῦ λόγον ἐροῦμεν*. — ²⁾ Dig. 2, 14, 32. Bas. I p. 619; D. 7, 1, 32 § 2. Bas. Suppl. p. 81; D. 7, 4, 1 pr. Suppl. p. 99. — ³⁾ Darum war es irrig, dass ich die Digestenindices im Nomocanon L titulorum als aus Dorotheus geschöpft bezeichnet habe. S. auch Bas. ed. Heimbach VI p. 46.

nissen zu gelangen. Insbesondere wird nochmals zu prüfen sein, ob der Index von Dig. lib. V sq. in den Scholien der Basiliken nicht vielmehr von Theodorus oder Isidorus sei, und nicht von Stephanus, wie in dem Voranstehenden vorläufig angenommen ist.

XXIV.

Lücken in der Florentinischen Digestenhandschrift.

Bekanntlich ist die Florentinische Handschrift der Digesten nicht frei von Lücken verschiedener Art. Mommsen hat dies in der Vorrede zu seiner Ausgabe auf p. LIV sq. ausführlich und schlagend nachgewiesen. Die Entdeckung und Ergänzung dieser Lücken gehört nicht zu den geringsten Vorzügen dieser epochemachenden Ausgabe.

Vielleicht aber bleibt in dieser Richtung noch eine kleine Nachlese übrig.

Ich habe schon früher darauf aufmerksam gemacht, dass in den Basil. 9, 8, 25 zwischen th. 3 und 5 ein th. 4 also lautet:

Εἰ ὁ βλάψας ἀγνοοῦντι τῷ δανειστῇ δῶ τὸ χρέος, οὐκ ἀνατρέπεται τὸ πραχθέν.

Das *κεφάλαιον κε'* der Basiliken ist eine Summe von Dig. 42, 8, 25 (wohl von Cyrillus): in dieser Stelle aber findet sich nichts den angeführten Worten Entsprechendes. Der Inhalt aber ist des Venuleius, von welchem die Digestenstelle herrührt, nicht unwürdig und passt in den Zusammenhang. Es wird daher kaum einem Bedenken unterliegen, eine Lücke in der Florentinischen Handschrift anzunehmen und zwischen § 2 und 3 der angeführten Stelle einen Paragraphen mit dem angegebenen Inhalte einzuschalten.

Ein anderes Beispiel bezieht sich auf eine Ergänzung von Dig. 37, 13. Der Tipucitus von Bas. 35, 21, 39 lautet:

λθ'. Καὶ περὶ τοῦ ὅτι ὁσάκις τις γραφῇ κληρονόμος εἰς ῥητὰ πράγματα περιαιρουμένης τῆς τῶν ῥη[τῶν πραγ]μάτων μνήμης νοεῖται ἢ ἔνστασις· εἰ δὲ στρατιώτης διάθεται εἰς ῥητὰ πράγματα, αὐτὰ καὶ μόνον λαμβάνει ὁ γεγραμμένος κληρονόμος, τὰ δὲ λοιπὰ δίδονται τοῖς ἐξ ἀδιαθέτου.

μ'. Καὶ ὅτι ἐπὶ τῆς παγανικῆς διαθήκης πᾶς ὁ καταδεξάμενος μέρος [ἀπὸ τῆς] διαθήκης, εἰ δὲ συγκληρονόμος αὐτοῦ παραιτήσεται, ἀνάγκην ἔχει καὶ τὸ ἐκείνου καταδέξασθαι.

σθαι μέρος, ἐπὶ δὲ στρατιωτ[ικῆς] τοῦ παραιησαμένου τὸ μέρος οἱ ἐξ ἀδιαθέτου λαμβάνουσιν.

Heimbach (Bas. to. III p. 640 not. c) bemerkt, dass für diese beiden Stellen in den Quellen des Justinianischen Rechts keine entsprechenden zu finden seien, und scheint seinem Bruder beizustimmen, welcher haustos hos locos arbitratur e libello quodam, quo discrimen inter testamentum militare et paganicum consulto expositum fuerit. Allein es ist wohl nicht zu bezweifeln, dass der Tipucitus hier den Inhalt von zwei Basilikenstellen angiebt, wie dies der ganze Charakter des Werks und die Anführung mit *ὅτι* erkennen lässt.

Ist dies richtig und findet man, dass die beiden Basilikenstellen hinter einer Summe von Dig. 37, 13 und vor den Summen von Cod. 6, 21, 1 sqq. gestanden haben, so bleibt wohl nichts übrig als anzunehmen, dass die Florentinische Handschrift in Dig. 37, 13 am Schlusse eine Lücke hat, welche als 1. 2 und 3 mittelst der bezeichneten Stellen auszufüllen ist.

Endlich ist vielleicht in Dig. 40, 7, 30 der Zusatz, den der Index in Bas. IV p. 705 bietet, nicht bloss als Bemerkung des Dorotheus aufzufassen.

XXV.

Zur Texteskritik der Digesten.

Auch in Beziehung auf die Kritik des von der Florentinischen Handschrift überlieferten Textes mittelst Beachtung der griechischen Indices und Summen ist nach Mommsens Leistungen vielleicht noch eine kleine Nachlese möglich¹⁾. Es mag dies durch eine Reihe von Beispielen erläutert werden, zu welchen eine Vergleichung des Textes mit dem Digestenindex des Antecessor Dorotheus die Veranlassung giebt.

Dig. 9, 1, 5 (Bas. V, 262). Consulebatur — respondi kann unmöglich richtig sein: dass Alfenus respondirt habe, wo ein Dritter um Rath angegangen war, ist einfach widersinnig. Es muss entweder consulebar — respondi oder con-

¹⁾ Dass Corruptelen des Florentinischen Textes auch in den dem Theophilus und Dorotheus vorgelegenen Handschriften vorkamen, hat schon Mommsen hervorgehoben. Ein Beispiel gewährt Dig. 17, 2, 25: hier hat die Florentinische Handschrift a Sabinum (statt ad Sab.), der Index (Bas. II, 737) *ἐπὶ σαβίνου*.

sulebatur — respondit heissen. Für letzteres, was sich auch aus der Analogie anderer Stellen, z. B. Dig. 33, 7, 16, § 1 empfiehlt, spricht der Index des Dorotheus: ἡρωτήθη ὁ σέβριος — καὶ ἀπεκρίνατο. Servius zu suppliren ist darum noch nicht nöthig: Dorotheus kann den Servius erläuterungsweise genannt haben, indem er im Hinblick auf die angeführte und ähnliche Stellen auf denselben rieth, oder auf Grund der Kenntniss der Originalschrift des Alfenus, welche ihm als Mitglied der zur Abfassung der Digesten bestellten Commission zu Theil geworden war.

Dig. 9, 2, 35 (Bas. V 307). Hier bestätigt Anonymus das dominium der Florentinischen Handschrift. Der Index aber hat dimidium (τὸ ἡμισυ) gelesen, gewiss richtiger ¹⁾.

Dig. 19, 2, 56. Die Basiliken geben hier übereinstimmend mit der Florentina die Inscription Idem (libro singulari de officio praefecti vigilum), was von Paulus zu verstehen sein würde, welchem die voranstehende l. 55 zugeschrieben ist. Indessen der Index der l. 56 in Bas. II p. 364 nennt als Verfasser Ulpianus, der bekanntlich auch einen liber singularis de officio praefecti vigilum geschrieben hat. Vielleicht erklärt sich diese anscheinende Abweichung daraus, dass in der That wie auch Mommsen für wahrscheinlich hält, in der Florentinischen Handschrift zwischen l. 55 und l. 56 das κεφ. νε' in Bas. XX, 1 ausgefallen ist, und dass dieses Fragment nicht Paulus, sondern Ulpianus zum Verfasser hatte.

Dig. 17, 2, 52 § 9. Idem respondit — praeferre. Dass hier der Text der Florentinischen Handschrift fehlerhaft sei, meint auch Mommsen und schlägt vor, zu lesen vel cogere socium cognatum etc. Man könnte vielleicht einfacher helfen, indem man veluti statt vel setzte. Allein es ist nicht unwahrscheinlich, dass der Fehler tiefer liegt. Denn der Index des Theophilus (Bas. I p. 755) zeigt, dass zwischen poterit und vel mehrere Worte ausgefallen sind, und zwar die Worte

¹⁾ Bei Dig. 22, 5, 4 (Bas. II p. 391) verweist der Index wegen des priore gradu mit Recht auf Inst. 3, 6, 5, wo Theophilus πρόπριος σοβρίνος καὶ πρόπρια σοβρίνα hat. — Bei Dig. 23, 3, 78 § 2 ist im Index (Bas. III p. 420) lin. 25 zu suppliren μετατεθῆναι, [οὐκ ἐμελλε δὲ παραδοθῆναι] εἰ μὴ κτλ., wodurch sich Mommsens Anm. auf p. 685 not. 11 erledigen dürfte.

et socium superstitem cognatis omnibus (*προτιμω-
μένον τοῦ περιόντος κοινωνοῦ πάντων τῶν συγγενῶν*) vel cog-
natum ulteriorem (scil. socium) proximioribus praeferre.

Dig. 17, 2, 52 § 18. Mommsen verwirft die Lesart des Theophilischen Index, welcher *Ἀλφῖνος* statt des Aufidius der Florentinischen Handschrift hat. Allein gerade in der von Mommsen angezogenen Stelle (D. 35, 1, 40 § 3) braucht Ulpian nicht den Namen Aufidius, sondern Namusa. Ich ziehe daher vor dem Theophilus zu folgen.

Dig. 24, 3, 7 § 3 (Bas. III p. 243). Hier lautet der Index des Dorotheus — berichtet — „εἰ δὲ καὶ τινες μῆνες ἐκ τοῦ ἐν-
αυτοῦ, καὶ ὃν ἐγένετο τὸ ῥεπούδιον, κεχρεώσθηται τῷ κολῶνῳ
κατὰ τὴν δύναμιν¹⁾ τῆς μισθώσεως, τοῦ γάμου πρὸ τῆς τρύγης
λυθέντος²⁾, λογιζόμεθα τῷ ἀνδρὶ οὐδὲν ἥτιον καὶ τὴν τούτων
τῶν μηνῶν ἀποτίμησιν μετὰ τῆς μελλούσης τρύγης.“ Die Flo-
rentinische Handschrift hat statt *μῆνες* und *μηνῶν* *messes* und
messium. Die griechischen Juristen haben offenbar an dem
Plural *messes* Anstoss genommen, da doch nur von einer
Ernte wie nur von einer Weinlese die Rede ist. Cyrillus ver-
bessert stillschweigend, indem er den Singular *Θερισμός* setzt:
Dorotheus aber (und mit ihm der Text der Basiliken, also
wohl Anonymus) folgt einer abweichenden Lesart *menses*, welche
auch ihre Berechtigung hat. (S. oben S. 279.)

Dig. 27, 2, 3 § 5 (Bas. III p. 709). Die ursprüngliche Les-
art war: *ad instructionem quoque pupillorum vel adolescentium
solet etc.* Zur Erläuterung des Wortes *adolescentium*
war beigeschrieben worden: *pupillorum vel eorum qui intra
vicesimum [quintum] annum constituti sunt.* Ein Abschreiber
hat dies in den Text aufgenommen, indem er gleichzeitig, da
pupillorum bereits vorher stand, das Glossem in *pupillarum
vel earum* — *constituae sunt* abgeändert hat: ob das *quintum*
unabsichtlich oder absichtlich (mit Rücksicht auf *venia aetatis*
vgl. auch *Ecloga tit. 7 μέχρις ἑταυῶς χρόνον*) weggelassen
ist, lasse ich dahingestellt. Den Beweis für diese Darstellung
liefern die griechischen Indices. Dorotheus hat einfach *τῶν*

¹⁾ So ist offenbar statt *δίμοιρον* zu lesen: im Lateinischen steht
ex forma locationis. — ²⁾ Handschrift und Ausgaben haben *λυθέντος
αὐθέντως*. Im Archetypon war verschrieben *ΛΥΘΕΝΤΩΣ* und darüber
corrigirt *ΛΥΘΕΝΤΟC*, der Abschreiber nahm Beides auf!

πουπίλλων ἢ τῶν νέων, so dass er im Text bloss pupillorum vel adolescentium gehabt hat, erst die jüngeren Cyrillus und Anonymus haben τῶν νέων ἕως καὶ ἐνιαυτῶν oder τῶν ἡτιόνων τῶν καὶ ἐτῶν. (S. oben S. 279.)

Dig. 27, 10, 7 § 1 (Bas. III p. 770). Die Replik soll nach der Florentinischen Handschrift gelautet haben: aut si satisfactione interposita secundum decretum vendiderit. Statt dessen haben die griechischen Juristen gelesen satisfactionem interpositam — non dederit. Dorotheus¹⁾: ἀλλ' εἰ μὴ οὐκ ἔδωκε τὰ ἱκανὰ κατὰ τὴν διαλαλίαν. Cyrillus²⁾: ἀλλ' εἰ μὴ ἱκανὰ οὐκ ἔδωκεν. Anonymus (Text der Basiliken³⁾: μὴ ἀσφάλειαν δέδωκε. Die Lesart der Griechen dürfte der Florentinischen vorzuziehen sein!

Dig. 39, 6, 28 (Bas. IV p. 605). Statt des gewiss verderbten „tot“ der Florentinischen Handschrift hat Dorotheus, wie es scheint, volo gelesen: τὰς πτύχας καὶ τὰ χειρόγραφα . . . μάταια εἶναι βούλομαι. 'Tabulas . . . volo . . . inane esse' möchte ich Mommsens Conjectur vorziehen!

Dig. 47, 2, 38 § 1 (Bas. V p. 481). Dorotheus: πατὴρ δὲ τὴν μὲν φούρτι ἔχει ἐνεκεν τῶν ὑπεξουσίων αὐτοῦ παίδων κλεπτομένων κτλ. Er hat also wohl Liberorum patri nomine etc. gelesen.

Dig. 47, 2, 81 (80) § 6. Eine Anmerkung des Stephanus zu Dig. 13, 1, 18 giebt für das circumvenerit die sehr beachtenswerthe Variante convenerit (Bas. V p. 445).

Dig. 47, 8, 2 § 19 hat Dorotheus (Bas. V p. 566) gelesen etenim servi, ὑπὲρ γὰρ τοῦ οἰκέτου.

Fast sämtliche eben aufgeführte Stellen entstammen der Sabinusmasse. Sollte Dorotheus und nicht (wie Bluhme will)⁴⁾ Theophilus das Mitglied des Ausschusses gewesen sein, dem die Bearbeitung der Sabinusmasse übertragen war?

¹⁾ Das schol. 2 enthält dessen Index. Es ist da ἐπώλει statt εἰ πωλεῖ zu lesen. — ²⁾ Dessen Summe enthält das schol. 6. Das ἐκδοκούσι ist richtig und mit vindicantibus zu übersetzen; der Punkt hinter τοῦτο ist zu streichen, da ἀντίκειται κτλ. dazu gehört. — ³⁾ Am Schluss muss es heissen: εἰ μὴ παρ' ὃ δόλος κωλύει. — ⁴⁾ Zeitschr. f. gesch. RW. IV, S. 276.

XXVI.

Zur Kritik der c. *Δέδωκεν*.

Das Blatt der Florentinischen Digestenhandschrift, welches den Anfang der c. *Δέδωκεν* enthielt, ist bekanntlich abhanden gekommen. Wir kennen dessen Inhalt nur aus dem, was Politianus, Augustinus, Taurellius, zu deren Zeiten das Blatt noch vorhanden war, daraus mitgetheilt haben. Der Inhalt der zweiten Seite des Blattes ist uns danach vollständig bekannt: er umfasst die 35 Zeilen der Mommsenschen Ausgabe von den Worten ἀπερ ἄμφο auf S. XXXV* Z. 17 bis zu den Worten ἐγγράψαντες τῷ (einschliesslich) auf S. XXXVII* Z. 26. Von dem Inhalte der ersten Seite ist mehreres im Anfang schon am Ausgange des XV. Jahrhunderts theilweise verwischt und unleserlich gewesen, so dass die oben Genannten hier nur einzelne Buchstaben oder Wörter haben entziffern können.

Schwer zu erklären ist hierbei, wie der ganze Anfang der Constitution mit ihrer Inscription auf der ersten Seite des einzigen verlorenen Blattes gestanden haben kann, denn es handelt sich um mindestens 36 Zeilen der Mommsenschen Ausgaben, also — trotz der wahrscheinlich durch grössere Schrift hervorgehobenen Anfangszeilen — um mehr, als auf der zweiten Seite gestanden hat. Man ist versucht, die Vermuthung auszusprechen, dass diese erste Seite nicht in zwei Columnen, sondern (wie fol. 11¹—19 der Handschrift) in durchlaufenden Zeilen von 60—64 Buchstaben geschrieben gewesen sei. Jedenfalls wird bei Ergänzungen der verbliebenen Buchstaben und Wörter darauf geachtet werden müssen, dass dieselben einen möglichst kleinen Raum einnehmen, selbst da, wo der Text der c. Tanta ein Mehreres zu verlangen scheint.

Das Fehlende zu ergänzen ist nun verschiedentlich versucht worden, wie ich glaube nicht überall mit befriedigendem Erfolge. [Οὐδεις] τῶν πρὸ ἡμῶν βεβασιλευκότων [αὐτοκρατόρων] ist das lateinische imperatorum qui ante nos regnarunt: griechisch ist es nicht. Im Justinianischen Sprachgebrauch erscheinen οἱ πρὸ ἡμῶν αὐτοκράτορες z. B. Nov. XCVII (78) c. 5, οἱ πρὸ ἡμῶν βεβασιλευκότες z. B. Nov.

CXXIX (109) prooem., aber οἱ πρὸ ἡμῶν βεβασιλευκότες αὐτοκράτορες würden zu übersetzen sein „die αὐτοκράτορες vor uns welche βασιλεῖς gewesen sind“ — eine unerträgliche Tautologie. — Die χίλια [καὶ τετρακόσια ἔτη ἐκτρέχουσιν] erinnern ebenfalls an das Lateinische (mille quadringentos et quod excurrit annos) und es ist gleiches bei griechischen Autoren nicht nachzuweisen. Und nun gar [ἀπὸ] τοῦ τῆς πρεσβυτέρας ῥώμης [κτίσματος], als ob κτίσμα Erbauung bedeute!

Ich schlage folgende Lesung und Ergänzung vor:

Δέδωκεν ἡμῖν ὁ Θεὸς, μετὰ τὴν πρὸς πέρσας εἰρήνην, μετὰ τὸ κατὰ βανδύλων τρόπαιον καὶ τὴν ὅλης¹⁾ λιβύης κτήσιν καὶ τὴν τῆς ὀνομαστοτάτης καρχηδόνος ἐπανάληψιν, καὶ τὸ τῆς ἐπανασώσεως [τῶν νόμων²⁾ ἔργον] εἰς πέρας ἀγαγεῖν. [οὐδεὶς τινι] τῶν πρὸ ἡμῶν βεβασιλευκόντων [τοιούτων] τι οὐδὲ εἰς νοῦν βάλλεσθαι ἤλπισεν ἄν, οὔτε δυνατόν ὅλως [τῇ ἀνθρώπων φύσει] αὐτὸ ἄν ἐνομίσθῃ. [τὴν γὰρ ῥωμαϊκὴν] νομοθεσίαν [ἀπὸ] τοῦ τῆς πρεσβυτέρας [ῥώμης πολιτισμοῦ⁴⁾] μέχρι τῶν [τῆς ἡμετέρας βασιλείας χρό]νων, ὅπερ ἀμφὶ τὰ χίλια [τετρακόσια ἔτη ἀνύουσιν], οὐκ ἐν τοῖς παλαιοῖς⁵⁾ μόνον ἀλλὰ καὶ ἐν ταῖς βασιλικαῖς διατάξεσι πρὸς ἅπασαν ἄγειν συμφωνίαν τε καὶ διαφωνίαν⁶⁾, καὶ τὸ μὲν μαχόμενον αὐτῆς ἐξελεῖν, τὸ δὲ ταῦτόν τε καὶ ὅμοιον ἐξωθῆσαι, μίαν δὲ αὐτῇ κάλλους ἰδέαν παρασχεῖν ὥστε ἕνα τὸν κείμενον ἐφ' ἑκάστῳ καθεστάναι πράγματι νόμον, τῆς ἀνωθεν ῥοπῆς καὶ τῆς ἐκείθεν φιλανθρωπίας ἰδίῳ ἢ, ἀλλ' οὐκ ἀνθρωπίνης τινὸς διανοίας ἢ ἐγχειρήσεως ἢ δυνάμεως ὅλως.

„Gott hat uns beschieden, dass wir, nachdem Friede mit den Persern geschlossen, über die Vandalen ein Siegeszeichen aufgestellt, ganz Lybien erobert und das vielgenannte Karthago zurückerworben worden ist, auch noch das Werk der Wieder-

¹⁾ Anstatt ὅλην, wie die Handschrift angeblich gehabt hat. Oder sollte ἄλλην (nämlich ausser Karthago) zu lesen sein? — ²⁾ Kaum τῶν παλαιῶν νόμων. — ³⁾ Augustinus hat ἐπ', Taurellus ἐπει. — ⁴⁾ Πολιτισμοῦ entnehme ich aus Lyd. 1, 2. — ⁵⁾ In der Handschrift ist ΑΛΛΟΙΟΙΣ gelesen worden: die Ausgaben haben daher ἄλλοις. Allein das giebt keinen guten Sinn: es wird offenbar auf den Gegensatz der iura und der leges Bezug genommen. — ⁶⁾ Die oben Genannten haben διαφωνίαν gelesen. Dass dies nicht haltbar sei, ist von Krüger hervorgehoben. Man braucht jedoch desshalb die Worte τε καὶ διαφωνίαν nicht zu streichen, da die vorgeschlagene leichte Emendation genügt.

belegung der Gesetze zu Ende haben führen können. Niemand hätte zu hoffen gewagt, dass Einem der vor uns Regierenden etwas der Art auch nur in den Sinn hätte kommen können, noch wurde geglaubt, dass solches überhaupt in der Macht der menschlichen Natur liege. Denn die römische Gesetzgebung seit der Gründung Roms bis zu der Zeit meiner Regierung, was gegen 1400¹⁾ Jahre beträgt, nicht bloss hinsichtlich der alten Schriften, sondern auch hinsichtlich der kaiserlichen Constitutionen in volle Uebereinstimmung und Klarheit zu bringen, alles Widersprechende zu entfernen, das Gleiche oder Aehnliche auszumerzen und ihr eine so einzige Art der Schönheit zu verleihen, dass für jeden Streitfall ein einziges Gesetz vorhanden sei, das war nur der Kraft des Höchsten und seiner Barmherzigkeit möglich, keineswegs aber Sache menschlichen Geistes oder Versuchs oder der Macht!“

Auch in dem Folgenden bedarf es mancher Verbesserungen sei es des Textes der Handschrift, sei es der Lesungen der Gelehrten. So muss es in § 1 heissen: *ἐκ τοῦ πλήθους αὐτῶν τῶν βιβλίων* statt *ἀπὸ τῶν β.*, wo Krüger durch Streichung des *ἀπὸ* zu helfen vorzieht. Ebenda will ich für *ἄνωθεν*, was kaum zu rechtfertigen sein möchte, *ἅπαν τε* zu lesen vorschlagen.

In § 6^a ist statt *τοῖς ἐννέα τούτοις ἀνείται βιβλίοις* vielleicht zu lesen *ἀνέεται*. Wenigstens scheint dies dem *coadunata est* der c. Tanta besser zu entsprechen.

In § 7^c ist offenbar ausgelassen *ἔτι δὲ καὶ τὰ περὶ δεσποτείας*.

In § 8 ziehe ich vor *ἐγγύης* zu schreiben statt der nur vereinzelt in Handschriften vorkommenden Accentuirung der letzten Silbe²⁾.

In § 8^o ist die Rede von dem Inhalte des fünfzigsten Buches der Digesten. Tit. 11 und 12 sollen handeln *περὶ πανηγύρεων καὶ πόρων ἐπαγγελίας*. Aber Titel 12 handelt nicht

¹⁾ Justinian scheint hier wie in c. Deo auctore § 5 und c. Tanta prooem. der Zeitrechnung des Chronicon Paschale zu folgen. Anders Lydus (de magistr. 1, 2). Georgius Syncellus verbreitet sich weitläufig über die verschiedenen Zeitrechnungen. — ²⁾ *Ψήφων* statt *Ψήφων* in § 8^b der Mommsenschen Ausgabe ist Druckfehler. Ebenso ist p. XXXVII* lin. 25 *οἱ* statt *οἱ* ein Druckfehler.

bloss von der Pollicitation von *reditus*, und das *πόρων* kann daher nicht richtig sein; dagegen ist in Titel 11 von den *ἐμποροὶ* die Rede, welche bei den *nundinae* zusammenkommen: man wird daher zu lesen haben *πανηγύρεων ἐμπορῶν καὶ ἐπαγγελίας*. — Zu *καὶ ποικίλων [ἐρω]τήσεων* bemerkt Mommsen: *requiritur διαγνώσεων*, nämlich nach c. Tanta „*diversis cognitionibus*“. Allein es genügt *ποικίλων [ζη]τήσεων* zu lesen d. i. *variis quaestionibus*: die doppelte Bedeutung des Wortes *quaestio* scheint zu der verfehlten Ergänzung *ἐρωτήσεων* verführt zu haben. — Ob statt [ὄλ]ως nicht besser [τέλ]ος (*denique*) stände gebe ich anheim.

In § 9 habe ich bereits an anderem Orte vorgeschlagen zu lesen: *ἀναφέρει γονεῖς . . . καὶ Λεόντιον τὸν πανεύφημον ἀπὸ ὑπάρχων ὑπάτων καὶ πατρικίων* (nicht *Πατρικίων*) *τὸν αὐτοῦ παιδα*. (In den Sitzungsberichten der K. Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1880, S. 1418 Z. 3 von unten findet sich eine ähnliche Redewendung: *εἰς τοὺς τῶν βασιλέων . . . τριγωνίους ἀναφέρει τὸ γένος*).

In § 21 wäre für *πλήθους τοῖς νόμοις ἀφορμὴν* jedenfalls besser *πλ. τῶν νόμων ἀφ.*

In § 23 ist mit *Contius συμβιβασμένον* zu lesen. *Συμβιβασμένον* (von *συμβαίνειν*, *convenire*) für „durch Vergleich beendigt“ kommt meines Wissens in den byzantinischen Rechtsquellen nirgends vor.

XXVII.

Eine Anmerkung zu Nov. XXIII (24) c. 1.

In Nov. XXIII (24) c. 1 findet sich folgende Stelle: *ὅπερ ἐπὶ τῆς Πισιδῶν χώρας ἄρξασθαι πρῶτον βουλόμεθα, διότι καὶ τοῖς ἔμπροσθεν χρονογράφοις εἰρημένον εὐρήκαμεν τὸ πρῶην ἀπάσης ἐκείνης τῆς γῆς τὸ Πισιδῶν ἔθνος ἐξάρχειν, καὶ νῦν δὲ δὴ τὴν ἐπαρχίαν ταύτην δεῖσθαι μείζονος καὶ σφοδροτέρας ἀρχῆς πιστεύομεν, ¹⁾ ἐπειδὴ περ καὶ κῶμαι μέγιστα κατ' αὐτὴν εἰσὶ καὶ πολυάνθρωποι καὶ πολλάκις πρὸς αὐτοὺς στασιάζουσι τοὺς δημοσίους φόρους, καὶ τοῖς τε ληστρικοῖς ἐκείνοις καὶ ἀνδροφόνοις χωρίοις, ἅπερ ἐπὶ τινος ἀκρωρείας Λύκου κεφαλῆς καλουμένης ἴδρυνται Λυκοκρανιτῶν*

¹⁾ Das Authenticum übersetzt *credidimus* = *πεπιστεύκαμεν*.

τε οἰκητήριον ὀνομάζεται, τὴν ἀρχὴν ταύτην ἐφεστάναι· καὶ νῦν μὲν οὐ κατὰ τάξιν νόμιμον ἐπ' αὐτὴν χωρεῖν, ἀλλὰ κατὰ τινος ἐπιδρομῆς σχῆμα —

„quod in Pisidorum regione incipere primum volumus (— quoniam et a veteribus chronographis dictum invenimus olim toti illi terrae Pisidorum gentem praefuisse, et nunc hanc provinciam egere majore et acriore magistratu credimus, quia vici maximi in ea sunt et populosi et crebro adversus ipsa tributa fiscalia seditionem movent —) atque latrocinantibus istis et homicidis locis, quae in monte aliquo qui Lyci caput audit sita sunt et Lycocranitarum habitaculum appellantur, hunc magistratum praeesse, et [eum] nunc non secundum ordinem legitimum ad hanc administrationem accedere sed per incursionis quasi figuram“ —

Man sieht die Construction ist einfach, sobald man die Sätze *διότι καὶ τοῖς ἔμπροσθεν — δημοσίους φόρους* als eine Parenthese auffasst, in welcher die Gründe der neuen Organisation angegeben werden; das Folgende wird dann wieder von dem *βουλόμεθα* des Anfangs regiert.

Im Einzelnen möge Folgendes bemerkt werden.

Die *νόμιμος τάξις* ist diejenige, welche Justinian kurz zuvor im Nov. XXI (17) c. 16 vorgeschrieben hatte, und welche er ausserdem in Nov. CXVII (95) c. 1. bestätigt. Von diesen Bestimmungen über den Amtsantritt soll in dem gegenwärtigen Falle diesmal abgesehen werden, damit die Uebelthäter durch die plötzliche Ankunft des Statthalters überrascht werden.

Zweifelhaft ist, ob in den Worten *ἐπὶ τινος ἀκρωρείας λύκων κεφαλῆς καλουμένης* das *λύκων* der Genetiv von *λύκος* (Wolf) ist. Im Authenticum sowohl als bei späteren Uebersetzern wird es mit *Lupi* übersetzt. Procopius entscheidet nichts wenn er De bello Gotth. III, 27 schreibt: *ἄλλοι λυκοκρανίτας καλοῦσι τῶν πισιδῶν τινας, οὐχ ὅτι λύκων κεφαλὰς ἔχουσιν, ἀλλ' ὅτι λύκων κράνα τὸ ὄρος ἐκλήθη ὃ ταίτη ἀνέχει*. Und ich trage Bedenken den Vorgängern zu folgen, wenn es auch möglich ist, dass Justinian selbst der Urheber des Missverständnisses gewesen ist: ich habe daher *Λίκος* nicht mit *Lupi* übersetzt, sondern mit *Lyci*. In Lykien nämlich haben wir es mit einer extrem kurz- und hochschädlichen

Rasse zu thun, welche in vorgriechischer Zeit das ganze Land bewohnte: Reste derselben haben sich heute noch erhalten in manchen ganz einsamen und abgelegenen Gebirgsdörfern¹⁾. Es liegt nahe auch in unserer Stelle an Lykier von auffallender Kopfform zu denken, die auf hohem Gebirge ihre Wohnstätten hatten, wenngleich Procopius von den *λύκων κεφαλαί* nichts wissen will. Ist die Kunde von solchen Menschen nach Constantinopel gelangt, so ist es wohl zu begreifen, wie man, da man Virchows Schädelmessungen noch nicht kannte, die *Λύκον* (statt *Λυκίων*) *κεφαλή* als Bergnamen auffassen mochte und wie dann an Stelle des Lykiers ein *Λύκος* tritt, der einem Berge seinen Namen gegeben hat und auf welchem ein räuberischer Stamm (*Λυκοκρανίται* statt *Λυκιοκρανίται*) wohnt.

XXVIII.

Die Subscription der Nov. LXXXI

(Nov. 105. Auth. 34).

Zwei Aeusserlichkeiten in der Ueberlieferung der Novelle LXXXI (105) ziehen die Aufmerksamkeit auf sich.

Zunächst heisst es am Schlusse: Legatur. (Die Venetianer Handschrift hat LEGATU, die Florentinische *λεγάτον*, das Authenticum — nach Heimbach — legi. Es ist wohl nicht zu bezweifeln, dass legatur gelesen werden muss.) Wie der kaiserliche Befehl „Proponatur amantissimo nostro populo Romano“ in der Nov. Valentin. 9, 1. 14, 1, und „Proponatur Constantinopo. civibus nostris“ in Nov. XXXVIII (13) und Nov. CLXXI (141), so ist auch das Legatur ein kaiserlicher Befehl; Ersterer verordnet den öffentlichen Aushang — wohl *ἐδίκτων ἐν τοῖς συνήθεσι καὶ νομίμοις τόποις ἐπὶ δέκα ἡμέρας προτιθεμένων*, wie es am Schlusse von Nov. CXLVIII (120) heisst —, Letzterer befiehlt den Vortrag im Consistorium oder Senat. Die Ausführung des Befehls finden wir zuweilen in den Subscriptionen der Verordnungen ausdrücklich bemerkt, so *Lecta in Senatu* in Cod. Theod. 6, 4, 8. 9. 11, oder *Recitata in senatu* in Cod. Theod. 6, 2, 20. 8, 18, 1, oder *Recitata . . . in novo consistorio palatii Iustiniani* in Cod. 1, 2, 22. 14, 12.

¹⁾ Sitzung der Archäolog. Gesellsch. zu Berlin vom März 1886.

2, 55, 4 und anderen Stellen. Es knüpft dies augenscheinlich an die alten kaiserlichen orationes in senatu an. Es ist zugleich vorbildlich gewesen für die päpstliche Kanzlei: denn nach Pitra *Analecta noviss.* p. 161 sq. pflegte dort mit der gleichen Formel die Vorlage an das päpstliche Consistorium angeordnet zu werden.

Dass das Legi, welches sich bei den Unterschriften am Schlusse der Nov. XLVIII (22) findet, mit einem vorangegangenen Legatur zusammenhängt, ist nicht unwahrscheinlich. Es scheint nämlich, wenn eine Sitzung des Consistoriums nicht in Aussicht stand, die betreffende Verordnung durch Rundschreiben den einzelnen Mitgliedern des Consistoriums mitgetheilt worden zu sein, wo dann diese durch ein Legi und ihre Unterschrift den richtigen Empfang zu bescheinigen hatten. Denn es sind gerade die Mitglieder des Consistoriums, denen nach der Subscription der Nov. XLVIII (22) *ισότυπα* zugegangen sind.

Nach dem Legatur wird in der Subscription der Nov. LXXXI (105) angeführt, an wen ausser dem in der Inscription genannten Hauptadressaten gleichlautende Ausfertigungen gerichtet worden sind. Im Griechischen wird dies eingeleitet mit den Worten: *ἐγράφη τὸ ἰσότυπον*. Dieselbe Formel ist angewendet bei den Subscriptionen in Nov. XLVIII (22). Das Authenticum aber, welches diese letzteren Subscriptionen nicht kennt, übersetzt in const. 34 die griechische Formel der Nov. LXXXI (105) mit *scripta appari* oder *apparis*. So die ältesten Handschriften, während die Herausgeber, auch noch Heimbach, denen dies unverständlich war, *scriptum exemplum* oder *scripta exemplaria* gesetzt haben. Allein *appari* oder *apparis* ist ein feminines Substantivum, in der subalternen Bureausprache aus *a pari* (= des Gleichen) entstanden, und bedeutet eine gleichlautende Ausfertigung.

Man hat aus dem angeblich späten Vorkommen des Wortes schliessen zu sollen geglaubt, dass auch das Authenticum seine Entstehung einer verhältnissmässig späten Zeit verdanke. Das Wort kommt indessen nicht bloss zu Ende des neunten Jahrhunderts bei Anastasius in den *Vitae Pontificum* ed. Ven. p. 58 vor: hier wird nämlich von des Kaisers Karl M. Schenkung an den Papst gesagt, dass der kaiserliche Notar

davon eine doppelte Ausfertigung (*apparem*), der päpstliche Notar aber Abschriften (*exempla*) gefertigt habe. Sondern schon zu Gregors des Grossen Zeiten war das *a paribus* zur Bezeichnung gleichlautender Ausfertigungen gebräuchlich, wie sich z. B. aus dem *Registrum epistolarum* I, 25. 80. VIII, 28. IX 28. 60. XII, 7 ergibt¹⁾. Und dies führt nahe an die Zeit, in welche ich das *Authenticum* gesetzt habe.

¹⁾ Der Herausgeber der *S. Gregorii M. Opera* bemerkt bei I, 25 zu *a paribus*: *Id est eodem exemplo: scilicet quia plures Epistolae ad singulos exemplis paribus mittebantur. Eodem modo habetur Ep. 80, hui. libri, & Epist. olim 39. & III. lib. 7. Indictione 2, nunc 69. & 106. lib. 9. Videtur nonnullis idem esse quod litterae pariculae vel pariclae; estque conjectura clarissimi viri Hieronymi Bignonii in Notis ad Marculfum. Alia est opinio Claudii Salmasii ex libro de modo usurarum, ubi ait: pariculam chartam, Graecis τὸ ἴσον, esse exemplum quod ex authentico exemplari descriptum est: unde *exemplare, describere ex authentico*: it aut par sit τῷ πρωτοτύπῳ. Et sic *pariculae* chartae diversae sunt ab authenticis & originalibus, ut Graecis τὸ ἴσον & τὸ ἰσότυπον diversum est ab ἀρχετύπῳ & πρωτοτύπῳ. Gussanvil. Consule, si placet, Mabillon. *De re diplomatica* lib. I. cap. 2. num. 7. Idem loquendi modus infra Ep. 80. & lib. IX., Ep. 60. & 106. Lege cod. Theod. tit. de sentiētiis et pariculo (!) recitatis. Alio modo quid significet *a paribus* explicatur in ms. Pratell. in nota ad Ep. 28. lib. 9. Antonio Subd. *Charta quae in distractione & emtione possessionis fieri solet, a paribus propriè dicitur; pro eo quod exemplar illud tam apud emtorem, quàm apud distractorem retinetur atque servatur. Proinde Beatus Greg. interdum huiusmodi ritu usus est, dirigens Epistolas suas ad diversas personas: retinebat enim exemplar apud se, ne fortè cassaretur vel corrumpereetur Epistola sua in itinere. Haec nota eiusdem est antiquitatis ac ipse codex qui 600. an. aetatem praefert. Iuxta conjecturam hanc omnes Gregorii Epistolae a paribus dici potuissent. De ordine Patriarcharum, ut hoc loco servatur, diximus in vita S. Gregorii lib. 2 cap. 1. & de inscriptione a paribus disseruimus.**

VII.

Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen.

Von

Herrn Prof. Dr. **Eisele**

in Freiburg i. Br.

Erster Beitrag.

In Band VII dieser Zeitschrift S. 15 ff. habe ich den Versuch gemacht, aus dem Stil justinianischer Constitutionen äussere Kriterien zur Erkenntniss von Interpolationen in Digesten und Codex zu gewinnen¹⁾. Unter anderem habe ich dort S. 26 f. auf eine eigenthümliche Liebhaberei der Redactoren justinianischer Gesetze aufmerksam gemacht, welche darin besteht, dass in theils überflüssiger, theils sogar unlogischer Weise Ausnahmestände, mit nisi eingeleitet, der rechtlichen Disposition des Gesetzes angefügt werden. Es ist dort auch eine solche Interpolation zu einem Gesetze Constantins (Cod. III, 28, 28 pr.) aus dem Codex Theodosianus (II, 19, 2) nachgewiesen worden. Im Nachstehenden soll nun dieser Punkt weiter verfolgt und damit ein Beitrag zur Lösung der wichtigen Frage geliefert werden, in welchem Umfange die Digesten Interpolationen enthalten.

Eine erkleckliche Anzahl solcher interpolirter Nisi-Sätze hat Gradenwitz, Interpolationen S. 171 ff. nach einem materiellrechtlichen Gesichtspunkt zusammengestellt; dieselben sind grösstentheils Titeln entnommen, die von Vermächtnissen handeln. Auch ich halte diese Stellen, welche hier nicht aufgenommen sind, für interpolirte, kann aber in Bezug auf die

¹⁾ Seitdem ist das Problem der Interpolationen, dessen Wichtigkeit nur allzu lange verkannt worden ist, besonders von Gradenwitz energisch in Angriff genommen worden. Erheblich bequemer werden diese Untersuchungen sein, wenn einmal das Wörterbuch der klassischen Rechtswissenschaft vollendet sein wird.

Begründung dieses Urtheils mit Gradenwitz nicht übereinstimmen. Der Grund hiefür ist unten bei Besprechung einer in diese Kategorie gehörigen, aber von Gradenwitz nicht aufgenommenen Stelle, l. 2 de cond. instit. 28, 7 angegeben¹⁾.

Es versteht sich von selbst, dass es viel zu weit gehen würde, jeden mit nisi eingeleiteten Ausnahmesatz, dessen man allenfalls auch entrathen könnte, für interpolirt anzusehen, und es sind viele solcher Stellen nicht aufgenommen, obwohl vielleicht die eine oder andere interpolirt ist. Auf der anderen Seite will ich von vornherein zugestehen, dass über das Interpolirtsein mancher der im Folgenden zusammengestellten Nisi-Sätze sich streiten lässt: es sind das diejenigen, bezüglich deren sich nur sagen lässt, sie seien durchaus überflüssig, ohne dass sich ein weiteres Verdachtsmoment hinzugesellte. In Bezug auf die überwiegende Mehrzahl halte ich aber die Gründe für die Interpolation für vollständig ausreichend²⁾.

Es kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht die hier zusammengestellten Nisi-Sätze, oder doch ein Theil derselben, Glosseme seien. Sicher giebt es in den Digesten auch Nisi-Sätze, die Glosseme sind. So z. B. ist in l. 43 pr. R. I. 50, 17 der Zusatz nisi lex impedit ohne Zweifel ein mit Rücksicht auf die Bestimmung der Novelle 18 c. 8 beigefügtes Glossem; vielleicht auch in l. 11, § 13 in f. de act. empt. vend. 19, 1 die Worte nisi hoc praestetur. Die im Folgenden verzeichneten Nisi-Sätze sind dagegen für Glosseme meist zu umfangreich; dann ist es auch nicht wahrscheinlich, dass eine so alte und gute Handschrift, wie der Florentinus, so zahlreiche Glosseme enthalten sollte, wie anzunehmen wäre, wenn auch nur ein beträchtlicher Theil dieser Nisi-Sätze Glosseme wären; endlich, da in justinianischen Constitutionen eine Vorliebe für solche Ausnahmesätze nachgewiesen ist, spricht die Vermuthung eher für Interpolationen als für Glosseme.

Welchen Zweck haben die Compileren mit diesen inter-

¹⁾ In dieser Hinsicht erfreue ich mich der Uebereinstimmung mit Lenel Bd. 9 dieser Zeitschrift S. 182 f. — ²⁾ Absichtlich weggelassen ist l. 19 (18) § 1 de peric. et comm. 18, 6 vergl. mit fr. Vat. 12; man sehe darüber Huschke in der Iurisprud. antejust. zu cit. fr. Vat. Allerdings kann in der Digestenstelle ebensogut das nisi mit Rücksicht auf l. 24 C. de evict. an die Stelle von Papinians tametsi gesetzt sein.

polirten Nisi-Sätzen verfolgt? In verhältnissmässig wenigen Fällen, z. B. D. 13, 7, 4; 19, 2, 13 § 11, handelt es sich um Rechtsänderung bezw. um Adaptirung an den veränderten Rechtszustand. In der Mehrzahl der Fälle scheint die Absicht die zu sein, den Richter vor irriger Rechtsanwendung durch Evidenthaltung der wirklichen oder auch nur scheinbaren Ausnahme zu bewahren. Damit diene man zugleich auch den Studenten, so dass also mit diesen interpolirten Nisi-Sätzen zugleich die Zwecke des Rechtsunterrichts verfolgt werden, denen zahlreiche andere Interpolationen in den Digesten ihr Dasein verdanken, über welche ich demnächst in einem zweiten Beitrag zu handeln gedenke.

Noch habe ich zu bemerken, dass ich zwar verschiedene Bücher der Digesten gerade für die Zwecke dieses Beitrags durchgegangen habe; die Mehrzahl der angegebenen Stellen ist aber aus Anlass anderweitiger Benützung gelegentlich notirt worden, so dass also von Vollständigkeit keine Rede sein kann. Aber schon die gesammelten Stellen genügen voll- auf, um meine früher ausgesprochene Meinung zu bestätigen, dass die Digesten in erheblich grösserem Umfang interpolirt sind, als bisher im Allgemeinen angenommen worden ist.

Ich lasse nunmehr die von mir notirten Stellen nach der Reihe, wie sie in den Digesten stehen, folgen.

D. 1, 5 l. 24. Ulp. l. 27 ad Sab. ¹⁾.

Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.

Man kann zwar sagen: qui nascitur s. l. m. matrem sequitur, nisi lex (specialis ist bestenfalls überflüssig und verräth allein schon die Compileren) aliud inducit. Dagegen das Urtheil, dass jener Satz iuris naturalis sei, bleibt natürlich stehen, auch wenn ein Gesetz von jenem Satze noch so viele Ausnahmen festsetzt. Zu sagen: der Satz x ist Naturrecht, ausser wenn ein Gesetz etwas von x Abweichendes bestimmt, ist einfach Unsinn. Ulpian wird nach sequatur, wie er es auch fr. V, 8 thut, die durch die lex Minicia festgesetzte Ausnahme erwähnt haben; die Compileren haben das generali-

¹⁾ Auf diese Stelle hat College Pernice mich aufmerksam zu machen die Güte gehabt.

sirend und kürzend in den Nisisatz zusammengedrängt, ohne zu bemerken, dass dabei Unsinn herauskommt.

D. 2, 11 l. 2 pr. Ulp. l. 74 ad edict. Ist Vadimonium promittirt und nachher ein Vergleich geschlossen, so verfällt natürlich iure civili das Vadimonium, wenn Beklagter sich nicht stellt, es wird aber gegen die Klage exc. doli gegeben. Ulpian fügt hinzu: man könnte sogar der Meinung sein (statt cum etiam ist vielleicht quin etiam zu lesen), etiam transacti negotii exceptionem nocere, quasi etiam de poena (sc. vadi-
monii) transactum sit. Das nun folgende nisi contrarium specialiter partibus placuerit ist nicht von Ulpian, der ja bei seiner Entscheidung schon davon ausgeht, dass über diesen Punkt eben nichts von den Parteien verabredet wurde, und eben darauf hin der transactio die angegebene Tragweite beilegt.

D. 2, 14 l. 3 Modestinus l. 3 regul.

Postquam pignus vero debitori reddatur, si pecunia soluta non fuerit, debitum peti posse dubium non est, nisi specialiter contrarium actum esse probetur. Diesen Satz nisi-probetur kann Modestin aus verschiedenen Gründen nicht geschrieben haben. Es handelt sich um ein stillschweigendes pactum de non petendo in perpetuum, und Modestin sagt, ein solches liege in der Rückgabe des Pfandes allein noch nicht. Natürlich kann aber, wenn andere Umstände hinzukommen, ein pactum de non petendo in der Rückgabe des Pfandes zum Ausdruck kommen; es ist nicht erfindlich vom Standpunkt des klassischen Rechts, weshalb ein specialiter contrarium agi erforderlich sein sollte. Des Weiteren erwäge man noch: 1) warum contrarium agi, da vorher doch nicht die Rede davon ist, dass irgend etwas agitur? 2) Will man spitzfindig sein, so kann man nach dem Satze „nisi-probetur“ so fortfahren: in diesem Falle also debitum peti posse dubium est;“ während die Meinung offenbar ist „debitum peti non potest“; m. a. W., die Fassung enthält eine Zweideutigkeit. Wir halten dafür, dass, wäre der Nisi-Satz von Modestin, dieser vorher anders sich ausgedrückt haben würde, nämlich so: debitum peti potest.

D. 2, 14 l. 7 § 12. Ulpianus l. 4 ad edict.

Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri „rogavit Titius, spondit Maevius“, haec verba non tantum pac-

tionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis: ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est sed tantum paciscentium. Es bedarf wohl keines Beweises, dass zur Zeit Ulpians die Kraft eines die Stipulationsklage begründenden Thatbestandes durch einen abweichenden animus der Contrahenten nicht beseitigt werden konnte. Aber auch in seiner Form documentirt sich der Nisi-Satz als Machwerk der Compileren: „specialiter adprobare“ ist justinianisch; vgl. Gradenwitz in dieser Zeitschrift VII, 78 ff., speciell Nr. 10.

D. 2, 14 l. 27 § 8 Paul. l. 3 ad edict.

Dass das nisi specialiter aliud actum est absolut überflüssig und selbstverständlich ist, ist klar. Wenn, wie wahrscheinlich, im Vorausgehenden statt ex eo quod pactum erit mit Mommsen zu lesen ist ex eo quod actum erit, liegt die Interpolation auf der Hand.

D. 3, 5 l. 9 pr. Ulp. l. 10 ad ed.

Sed an ultro mihi tribuitur actio sumptuum quos feci? et puto competere, nisi specialiter id actum est, ut neuter adversus alterum habeat actionem.

Die Selbstverständlichkeit des Ausnahmesatzes ist einleuchtend. Die Interpolation würde wohl noch unzweifelhafter erscheinen, wenn der nächste Zusammenhang ersichtlich wäre. Verdächtig scheint mir auch die actio sumptuum.

D. 3, 5 l. 36 § 1 Paul. l. 1 sentent.

Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque praestare cogitur et periculum eorum nominum quae ipse contraxit, nisi fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestatae solvendo non essent.

Die Ausnahme nisi fortuito u. s. w. hebt den Satz, dass der gestor das periculum nominum zu tragen habe, zum guten Theil wieder auf. Die Interpolation wäre demnach mit Sicherheit anzunehmen, wenn sie auch nicht durch Paul. sent. I, 4, 3 (Krüger) erhärtet würde.

D. 4, 4, 39 § 1 Scaevola l. 2 digest.

Wegen des Satzes nisi si maluerit u. s. w. vgl. Gradenwitz in dieser Zeitschrift VII, S. 81, Nr. 11. Cura-

toribus eius idoneis constitutis ist byzantinische Wiedergabe des vorausgehenden cum sint idonei curatores.

D. 4, 8 l. 27 § 4 Ulpianus l. 10 ad edict.

. proinde sententia quidem dicta non coram litigatoribus non valebit, nisi in compromissis hoc specialiter expressum sit, ut vel uno vel utroque absente sententia promatur: poenam autem is qui defuit committit . . . Die Hand der Compileren verräth sich durch das specialiter exprimere und dadurch, dass das quidem hinter sententia dem autem hinter poena in einer Weise correspondirt, dass ein so langer Zwischensatz sich damit kaum verträgt. Dazu kommt sachlich, dass, wenn Abwesenheit den Spruch nicht hindert, dann auch für diesen Fall Strafe nicht verfallen kann, dass folglich Ulpian die Eventualität, die mit nisi introducirt wird, wohl nicht ins Auge gefasst haben wird, wenn er schreiben wollte poenam autem is qui defuit committit. Liest man die Stelle unter Weglassung der Worte nisi — promatur, so sind die formellen wie sachlichen Anstösse beseitigt.

Uebrigens ist auch specialiter exprimere immer verdächtig.

D. 5, 1, l. 47 Callistratus l. I quaest.

Observandum est ne is iudex detur quem altera pars nominatim petat: id enim iniqui exempli esse divus Hadrianus rescripsit: nisi hoc specialiter a principe ad verecundiam petiti iudicis respiciente permittetur. Die Stelle ist aus Callistratus l. I quaestionum und handelt von dem iudex datus des Cognitionsverfahrens; denn im Ordinarverfahren ist das Vorschlagen eines iudex seitens des Klägers ganz in der Ordnung. Es ist nun ganz selbstverständlich und braucht nicht erst gesagt zu werden, dass der Kaiser von einer durch ein Kaiserrescript aufgestellten Regel dispensiren kann; tribonianisch ist das specialiter permittere und wenn ich nicht irre das futurum permittetur.

D. 5, 3 l. 25 § 17 Ulp. l. 15 ad ed.

Der berüchtigte Satz: nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent, schon von Mommsen als verdächtig notirt, dürfte wohl auch zu den von den Compileren eingeschalteten Nisi-Sätzen gehören. Dass er inhaltlich unannehmbar ist, steht längst fest und ist zuletzt

gut ausgeführt worden von Serafini Arch. giur. vol. XX p. 406 ff. Sep.-Abdr. S. 8 ff.). Die Annahme Serafinis aber, nisi stehe hier im Sinne von „nur dass“ oder „jedoch“, wie es in zahlreichen von demselben angeführten Stellen in der That steht (z. B. pro Rosc. Amer. 35, 99: nescio, nisi hoc vides, Capitonem in his bonis esse socium), hat ganz entscheidend das gegen sich, dass Ulpian ein paar Worte vorher schon gesagt hat, dass die Käufer Regress haben (quanquam victi emptores u. s. w.); es ist nicht wohl möglich, dass er gleich darauf nochmals gesagt haben sollte: „nur haben freilich die Käufer Regress.“ Die Compileren haben sich durch die ratio dubitandi „quanquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit“ zu dem Nisi-Satz unbesonnener Weise verleiten lassen. Hätten sie Zeit zu einer ruhigen Revision ihrer Arbeit gehabt, würden sie dieses Emblem sicher wieder getilgt haben.

D. 7, 1, 52. Modestinus l. 9 regul.

Usufructu relicto si tributa eius rei praestentur, ea usufructuarium praestare debere dubium non est, nisi specialiter nomine fideicommissi testatori placuisse probetur haec quoque ab herede dari. Der Ausnahmesatz ist als Zusatz der Compileren erkennbar zunächst daran, dass sein Inhalt selbstverständlich ist. Sodann aber durch folgende Einzelheiten: 1. das specialiter: warum soll ein Testator ein derartiges Belieben nicht auch generaliter, d. h. in Bezug auf mehrere von ihm bestellte Niessbrauchsrechte, aussprechen können? 2. Es ist nicht einzusehen, weshalb eine derartige, das Vermächtniss im Vergleich zu den gewöhnlichen Rechtsbestimmungen erweiternde Willensbestimmung des Testators als besonderes Fideicommiss aufgefasset werden sollte; noch weniger aber ist 3. zu glauben, dass Modestin einen derartigen Gedanken so ausgedrückt haben könne: „testatori nomine fideicommissi placuit“!

D. 7, 1 l. 58 § 2 Scaevola l. 3 respons.

Das nisi contrarium specialiter ab herede adprobetur ist überflüssig und das specialiter erst recht: was soll man sich unter einem generaliter adprobare denken? Wegen adprobare an und für sich vgl. oben S. 300.

D. 8, 2 l. 17 § 4 Ulp. l. 29 ad Sabin.

Im vorausgehenden § 3 ist die *lex traditionis* (*mancipationis*) „*stillicidia uti nunc sunt ut ita sint*“ erläutert; dabei ist ganz sicher vorausgesetzt, dass etwas Weiteres eben nicht gesagt ist. Wenn der Jurist nun fortfährt: *Quae de stillicidio scripta sunt, etiam in ceteris servitutibus accipienda sunt*, so ist nicht abzusehen, warum er die angegebene Voraussetzung nun plötzlich aufgeben haben sollte; dann passt aber das *si in contrarium nihil nominatim actum est* nicht. Auch sprachlich ist bedenklich die Zusammenstellung *nominatim agere*; dann *in contrarium agere*, vgl. unten zu D. 18, 4, 4.

D. 8, 2 l. 20 § 5 Ulp. l. 15 ad Sab.

Et omnino sciendum est, meliorem condicionem vicini fieri posse, deteriorem non posse, nisi aliquid nominatim servitute imponenda immutatum fuerit.

Das gesperrt Gedruckte soll doch offenbar heissen: „wenn nicht bei Auferlegung der Servitut ausdrücklich etwas Anderes bestimmt worden ist.“ Dass sich das von selbst versteht, ist klar. Dazu kommt 1. das *nominatim*, 2. die ganz ungewöhnliche Verwendung des Verbum *immutare*, welches hier nicht bedeutet: eine (*private*) Festsetzung durch eine ändernde Bestimmung ersetzen, sondern eine von der Rechtsregel abweichende Festsetzung treffen. Das „*servitute imponenda*“ klingt byzantinisch genug; indessen konnte in nach *nominatim* vom Abschreiber leicht weggelassen werden, und auch die Basil. scheinen in *servitute imponenda* zu empfehlen (*ἐν τῷ συνίστασθαι τὴν δουλείαν* Heimb. V p. 195).

D. 12, 4, l. 6. Ulpian l. 3 *disputationum*.

Ein Dosbesteller hat sich die Rückgabe der dos bedungen „*quoquo modo finitum esset matrimonium*.“ Es ist nun ein Fall eingetreten, der im Geding nicht vorhergesehen war: die Ehe ist gar nicht zu Stande gekommen. Hat der Dosbesteller gleichwohl auch jetzt Rückforderungsrecht, oder steht es der Frau zu? Es wird für ersteres entschieden: *et verisimile est in hunc quoque casum* (dass überhaupt die Ehe nicht zu Stande kommt) *eum qui dat sibi prospicere*. Dann ist die Ausnahme *nisi forte evidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc eum ideo fecisse, ut ipsi magis mulieri quam sibi prospiceret* denn doch

wieder gar zu selbstverständlich, als dass wir ihre Beifügung Ulpian zutrauen könnten. Ueberdies weisen die „evidentissimae probationes“ auf die Compileren (vgl. meine oben citirte Abhandlung S. 28), wie auch das vage hoc fecisse. Verdächtig ist auch, was zwischen beiden Sätzen steht: nam quasi causa non secuta habere potest conditionem u. s. w. Denn darin ist doch keine Begründung für den Ausspruch verisimile est eum sibi prospicere enthalten; auch ist habere potest conditionem schwerlich römisch.

D. 12, 6 l. 26 § 3 Ulp. l. 26 ad ed.

Indebitum autem solutum accipimus non solum si omnino non debe(b)atur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat: quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit.

Wäre nicht das fr. Vat. 266, so würde derjenige, welcher den Nisi-Satz für Interpolation erklären wollte, sicher dem Vorwurf massloser Interpolationenjägerei nicht entgehen. In der That ist die Interpolation hier geschickt gemacht, und es sind Ulpianische Worte dabei benützt. Ulpian schrieb nämlich: quare hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus solverit; vorausgeht sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est perpetuam exceptionem. Gegen die jetzige Fassung des Fragments in den Vat. fragmenta bis zum Worte solverit ist die der Compileren sogar die knappere; aber die Worte id est perpetuam exceptionem sind wohl Glossem — oder Zusatz des Redactors der fragm. Vaticana. Immerhin ist der Nisi-Satz des Digestenfragments in zwei Punkten als Interpolation kenntlich. Einmal handelt der Jurist an dieser Stelle nicht von den Bedingungen, unter welchen Zurückforderung eines indebitum zulässig ist, sondern von dem Begriff des indebitum; die Ausnahme gehört daher nicht hieher. Sodann verräth sich die Hand der Compileren an dem unvermittelten Wechsel des bloss in sciens und solvit steckenden, nicht besonders (durch quis oder dergleichen) hervorgehobenen Subjects; es schwebte ihnen das Ulpianische si quis perpetua exceptione tutus solverit noch vor.

D. 13, 7 l. 4. Ulpianus l. 1 ad Sabin.

Dass die Schlussworte nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit von den Compileren her-

rühren, ist schon früher wegen des Inhalts im Gegensatz zu Paul. sent. II, 5, 1 u. l. 7 C. de distr. pign. (8, 27) — Worte: non reluctantae lege contractus — vermuthet worden. Ich füge als formelles Kennzeichen der Interpolation dieses Nisi-Satzes an, dass das ei sich nur auf den debitor beziehen kann, während das unmittelbar vorausgehende obligatur den verkaufenden creditor zum Subject hat. Es ist kein glücklicher Einfall von Mommsen, wenn er nach obligatur (ohne Anhalt in dem kritischen Apparat) einschalten will debitori, wodurch der bezeichnete Anstand allerdings gehoben würde.

D. 13, 7 l. 28 pr. Iulianus l. 11 digest.

Si creditor, qui rem pignori acceperit, amissa eius possessione Serviana actione petierit et litis aestimationem consecutus sit, postea debitor eandem rem petens exceptione summovetur, nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est.

Zahlen einer Pfandschuld von Seiten des gutgläubigen Besitzers der Pfandsache gehört in das Capitel der impensae necessariae und man sollte meinen, es habe sich zu Julians Zeit längst von selbst verstanden, dass der Kläger die hieraus gegen ihn erwachsende exceptio doli durch Anbieten des Gezahlten beseitigen könne. Aeusserlich würde die schleppe Wiederholung des Subjects von offerat, welches ja unmittelbar vorher als Subject von summovetur steht, auf die Compilatoren weisen. Mommsen will nun freilich statt debitor in dem Nisi-Satze schreiben qui dedit; allein erstens ist diese Emendation etwas gewaltthätig, und zweitens versteht es sich doch ganz von selbst, wem anzubieten ist. Ist der Nisi-Satz von Julian, was sich meines Erachtens mit voller Sicherheit nicht verneinen lässt, so scheint es viel einfacher, die Worte ei debitor als Glossem anzuerkennen; der Text „nisi offerat, quod pro eo solutum est“ dürfte Julians würdiger sein als was dasteht, und als was Mommsen statt dessen setzen will. Ueberdies wird so der Uebelstand vermieden, den auch Mommsen nicht vermeidet, dass eo auf etwas anderes sich beziehe als das kurz vorausgehende ei.

D. 17, 1, l. 29 § 5 Ulpianus l. 7 disput.

In omnibus autem visionibus, quae propositae sunt, ubi creditor vel non numeratam pecuniam accipit vel numeratam

iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta: tunc enim propter auctoritatem rei iudicatae repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur.

Hier dürfte allerdings nicht bloss der Nisi-Satz und was auf ihn folgt, sondern der ganze Paragraph interpolirt sein. Auf die Compileren weisen: a) in omnibus visionibus; b) contra eum; einem klassischen Juristen würde es vollkommen genügt haben, zu sagen, repetitio competit, denn eine Zurückforderung ist selbstverständlich nur möglich gegen den, der bekommen hat; c) ex condemnatione scheint mir wenigstens verdächtig; d) tunc enim (vgl. diese Zeitschrift VII S. 26 Nr. VII) und das quidem — autem; e) stellionatus crimine plecti; ein klassischer Jurist kann allenfalls sagen poena plecti, aber nicht crimine plecti.

D. 17, 1 l. 10 § 10 Ulpianus l. 31 ad edict.

Idem (Labeo) ait, si quid procurator citra mandatum in voluptatem fecit, permittendum ei auferre, quod (vielleicht einzuschalten eius) sine damno domini fiat, nisi rationem sumptus istius dominus admittit. Wie das permittendum zeigt, wird dem Mandatar in diesem Falle, wo er nichts ersetzt verlangen kann, wenigstens eine Art ius tollendi eingeräumt. Wird einer solchen Einräumung eine Ausnahme mit nisi beigelegt, so erwartet man, dass in diesem Ausnahmefall die betreffende Vergünstigung nicht stattfindet. Hier wird aber etwas angeführt, was die Vergünstigung nicht entzieht, sondern sie überflüssig macht, und zwar ist die Sache so selbstverständlich als möglich: wenn der Mandant die Ausgabe sich anrechnen lässt, bedarf es keiner weiteren Rechtsbestimmung.

D. 17, 1 l. 26, § 8 Paulus C. 32 ad ed.

Der Schluss nisi si ut gratis doceret rogatus sit dürfte interpolirt sein; er ist — namentlich bei Paulus — gar zu selbstverständlich.

D. 17, 1 l. 30 Iulianus l. 13 digestorum.

Si hominem tibi dederō, ut eum manumitteres et postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, an mandati agere possim si tu eum manumiseris? respondi: si procurator iustam causam habuit interpellandi . . . tenebor, nisi denun-

tiationi procuratoris parvero. Die letzten vier Worte heben den gesetzten Fall, dass nach erfolgtem Verbot doch die Freilassung erfolgt ist (si tu eum manumiseris) einfach wieder auf. Sie können unmöglich von Julian herrühren.

D. 17, 2 l. 65 § 7. Paulus l. 32 ad edict.

Das Societätsverhältniss kann auch durch einen Procurator gekündigt werden; ob nur durch einen Specialprocurator oder auch durch einen Generalprocurator, wird gefragt. Antwort: durch beide, nisi prohibuerit eum dominus specialiter renuntiare. Dass dies bei einem Generalprocurator sich von selbst versteht, bedarf keines Beweises. So wie der Nisi-Satz dasteht, bezieht er sich aber auf beide Fälle, auch auf den, wo procuratori hoc ipsum nominatim mandatum est, ut renuntiaret! Auch dieses nominatim ist übrigens verdächtig, wie in

D. 17, 2 l. 81,

wo das nisi si nominatim ita convenisset absolut selbstverständlich ist.

D. 18, 1 l. 67 Pomponius l. 39 ad Q. Muc.

Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset, idque toto iure civili ita se habet, praeterquam si aliquid nominatim sit constitutum. Der Ausnahmesatz kann nicht sagen wollen, dass die Regel durch anderweitige Festsetzungen der Contrahenten beseitigt werden könne, denn wenn, wie sehr oft, die causa rei durch ein Recht eines Dritten an der Sache gegeben ist, kann durch den Veräusserungsvertrag daran selbstverständlich nichts geändert werden. Es wird also wohl an die Bestimmungen in l. 2. 3 C. de quadr. praescr. (7, 37) gedacht sein, womit die Interpolation des Ausnahmesatzes constatirt wäre. Dazu stimmt das nominatim constituere aufs Beste, was von einem klassischen Juristen wohl kaum gesagt worden ist.

Dass hier ausnahmsweise nicht nisi steht, erklärt sich vielleicht so. Pomponius hatte selbst einen Ausnahmesatz mit praeterquam si beigefügt, vielleicht mit Rücksicht auf den Fall, wo ein dingliches, das Eigenthum beschränkendes Recht deshalb nicht bestehen bleibt, weil es dem Erwerber zustand. Den Compilatoren mochte die ganz positive oben erwähnte

Ausnahme des neueren Rechts einer Erwähnung mehr zu bedürfen scheinen und sie setzten dieselbe an die Stelle der von Pomponius angegebenen, liessen aber das *praeterquam si* stehen.

D. 18, 4 l. 4 und l. 5.

In l. 4 (Ulp. l. 32 ad ed.) ist das *nisi aliud convenit* absolut überflüssig, wenn auch sonst unverdächtig; wogegen in l. 5 eod. (Paul. l. 33 ad ed.) *nisi in contrarium actum sit* bei gleicher Ueberflüssigkeit auch dadurch Bedenken erregt, dass es dasselbe bedeuten soll wie *nisi contrarium convenit*, während doch von Paulus angesichts der l. 8 de adq. vel am. poss. (41, 2) kaum anzunehmen sein wird, dass er jene Phrase anders als im Sinne des civilrechtlichen *actus contrarius* gebraucht haben werde; vgl. die vollständigere Stelle l. 153 R. I.

D. 18, 4 l. 21 Paul. l. 16 quaest.

... *quemadmodum fundi venditor fructus praestet bonae fidei ratione, quamvis si neglexisset ut alienum, nihil ei imputare possit (imputari posset?), nisi si culpa eius argueretur.*

In den Worten *si neglexisset* ist ein culposes Benehmen schon gesetzt, der Nisi-Satz hat daher keinen Sinn. Uebrigens hat auch das Vorhergehende, ob durch die Compileren oder durch den Abschreiber muss dahingestellt bleiben, Noth gelitten. Der Sinn verlangt nämlich Folgendes: b. f. *ratione, quasi neglexisset alienum, quamvis si neglexisset ut suum nihil ei imputari posset.*

D. 18, 5 l. 5 § 12 Julian. l. 5 dig.

Emptio nuda conventionem dissolvitur, si res secuta non fuerit. Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: quare nisi iusta conventio intervenerit actiones ex empto et vendito manebunt.

Dass die Rechtssätze über Tragung des *periculum* durch Vertrag geändert werden können, ist selbstverständlich, und hier daran zu erinnern hatte Julian keine Veranlassung; allerdings würden auch wir bei dieser Stelle keine Veranlassung zum Zweifel haben, wenn nicht so viele Nisi-Sätze sich als unzweifelhaft interpolirt erweisen liessen. Höchstens die

iusta conventio ist einigermaßen verdächtig, da für das Epitheton *iusta* kein rechter Zweck ersichtlich ist (anders bei dem *pactum iustum* in l. 52 § 2 de pactis 2, 14).

D. 18, 6 l. 1 pr. Ulpian l. 28 ad Sab.

Sed si nondum sunt degustata (vina), signata tamen ab emptore vasa vel dolia, consequenter dicemus adhuc periculum esse venditoris, nisi si aliud convenit.

Dass eine Vereinbarung über die Tragung des periculum nicht stattgefunden habe, ist hier nicht bloss stillschweigende Voraussetzung, sondern es ist ausdrücklich gesagt im Vorhergehenden (quod si non designavit tempus und im folgenden Satz: aut non convenit); der Nisi-Satz, der das Gegentheil der Voraussetzung besagt, kann wohl nicht von Ulpian sein. Ueberdies scheint mir aber auch der Satz aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit, aut non convenit, et usque ad degustationem sustinebit interpolirt, da er ganz dasselbe sagt, was im Satze vorher steht; oder aber es ist vor aut igitur u. s. w. eine längere Erörterung von den Compilatoren gestrichen und die jetzt unnöthig gewordene Recapitulation stehen gelassen worden.

D. 18, 7 l. 2 Marcianus l. 2 publicorum.

Exportandus si venierit ab Italia, in provincia morari potest, nisi specialiter prohibitum fuerit.

Die Entscheidung in provincia morari potest setzt voraus, dass beim Verkauf nur Ausfuhr aus Italien bedungen worden; der Ausnahmesatz ignorirt dies und ist selbstverständlich. Auch das specialiter ist ein Lieblingswort der Compilatoren.

D. 19, 1 l. 6 § 4 Pompon. l. 9 ad Sabin.

Nach Labeo muss dafür, dass ein verkaufte Gefäss ganz sei, stets eingestanden werden, nicht bloss im Falle des dolus und wenn es besonders versprochen ist. Den Zusatz nisi in contrarium id actum sit halte ich für Interpolation, einmal weil sich die Ausnahme von selbst versteht, sodann aus dem zu 18, 4, 4 angegebenen sprachlichen Grunde.

D. 19, 1 l. 13 § 11 Ulp. l. 32 ad ed.

Si in locatis ager fuit (nämlich ein verkaufte Ackergrundstück), pensiones utique ei cedent qui locaverat: idem et in praediis urbanis, nisi si quid nominatim convenisse proponatur.

Aus dem vorausgehenden *utique* ist zu ersehen, dass Ulpian eben nur den Fall im Auge hat, dass über die *pensiones* zwischen Käufer und Verkäufer keine Vereinbarung getroffen ist. Zu beachten ist auch das *nominatim* und das ungenaue *quid*: wie, wenn gerade das noch besonders verabredet ist, dass der Pachtzins dem Verpächter zustehen solle?

Das *nisi aliud convenit* im vorausgehenden § 10 bietet, wenn schon die Möglichkeit einer Interpolation auch da vorliegt, doch keinerlei äussere Verdachtsmomente dar.

D. 19, 1 l. 38 pr. Celsus l. 8 dig.

Hier erscheint zwar der Satz *nisi hoc actum est ut dumtaxat decem praestaret* auch ziemlich überflüssig, aber da hier richtig abgestellt ist auf *id quod actum est* im Gegensatz zu dem beliebten *specialiter* oder *nominatim* *exprimere* oder *convenire* der Compileren, so möchte ich mich eher gegen Annahme einer Interpolation aussprechen.

D. 19, 1 l. 45 § 2 Paul. l. 5 quaest.

Der Satz *sed hoc ita, si non Arescusa elegerit emptoris patronatum: tunc etenim et illius remanet liberta* u. s. w. ist von den Compileren, denn kurz vorher (zu Anfang des § 2) ist ausdrücklich der Fall so gestellt, dass Arescusa *recusat emptorem* und eben dies ist auch in dem zugehörigen Fragment l. 43 wiederholt ausdrücklich gesagt.

D. 19, 2 l. 11 § 3 Ulp. l. 32 ad ed.

Qui vinum de Campania transportandum conduxisset, deinde mota a quodam controversia signatum suo et alterius sigillo in apothecam deposuisset, ex locato tenetur, ut locatori possessionem vini sine controversia reddat, nisi culpa conductor careret.

Was hier die culpa des conductor soll, ist nicht erfindlich; er ist *ex locato* schuldig, den Wein *ex deposito* herauszunehmen und dem locator abzuliefern, gleichviel ob ihm in irgend einer Beziehung culpa zur Last fällt oder nicht. Er haftet zwar zu Ulpians Zeit auch der *rei vindicatio*, aber wenn er dem locator abliefert, kann er nicht als einer gelten, *qui dolo desiit possidere*; es wird also durch die getroffene Entscheidung kein Interesse desselben geschädigt. — Aeusserlich ist die Interpolation erkennbar an der schwer-

fälligen Wiederholung des in allen vorausgegangenen Verbis, zuletzt in reddat, steckenden Subjects qui conduxisset = conductor.

D. 19, 2 l. 13 § 5. Ulp. eod.

Der Satz: huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio scheint mir von den Compilatoren zu sein, die diesmal etwas weitschweifiger waren als in ähnlichen Fällen. Formell ist der Indicativ receperat anstössig; über tunc enim vgl. meine cit. Abhandlung S. 26.

D. 19, 2 l. 13 § 11 in f. Ulpian. l. 32 ad ed.

In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. Auf diese Stelle ist schon in dem Eingangs erwähnten Aufsätze hingewiesen. Der Nisi-Satz ist verdächtig einmal durch das für ein bonae fidei negotium in klassischer Zeit sonst unerhörte Erforderniss der Schriftlichkeit, zweitens dadurch, dass man nicht recht sieht, was denn in diesem Ausnahmefalle gelten solle. Wahrscheinlich ist an das gedacht, was vorher für praedia rustica verworfen ist in dem Satze quod autem diximus u. s. w. Dort ist lustrum conductioni praestitutum die klassische Vorlage für die byzantinische Nachbildung certum tempus conductioni comprehensum.

D. 19, 2 l. 19 § 2 Ulp. l. 32 ad ed.

Der Schlusssatz haec omnia sic sunt accipienda, nisi si quid aliud specialiter actum est ist schwerlich von Ulpian, der ja in dem, was vorausgeht, offenbar von der Voraussetzung ausgeht, dass aus dem Parteiwillen nichts zu entnehmen ist. Verdächtig ist auch das specialiter, und überdies meine ich, Ulpian würde statt sic — nisi si gesagt haben: ita — si non.

D. 19, 2 l. 24 pr. Paul. l. 34 ad ed.

Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, und ebenso wenn auf das arbitrium eines Dritten abgestellt ist, soll sich das nur auf die Beschaffenheit des Werks, nicht auf die vertragsmässige Frist beziehen: nisi id ipsum lege comprehensum sit. Aber Paulus hat eben vorher angegeben, was in lege comprehensum est, nämlich über eben diesen Punkt nichts.

D. 19, 2 l. 51 § 1 Iavol. l. 11 epist.

Der Jurist setzt den Fall *si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore adprobaretur*, und entscheidet, dass hiegegen der Umstand nicht in Betracht komme, dass verabredet wurde, *ut in singulas operas singula pecunia daretur*. Wenn es nun heisst: *nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur*, so ist damit der ursprünglich gesetzte Fall (*si ita locasti u. s. w.*) geradezu negirt. Aeussere Kennzeichen der Interpolation sind der (schon mit dem Satze *poterit itaque u. s. w.*, der gleichfalls interpolirt ist, eintretende) Subjectswechsel (*dominus* statt *tu*) und die barbarische Wendung *nihil de bonitate operis praestare*, welches den Gegensatz ausdrücken soll zu *praestari a conductore debet, si id opus vitiosum factum est*. Vgl. auch: *universitas consummationis!*

D. 19, 2 l. 60 pr. Labeo poster. l. 5.

Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex kalendis illis cuiusque anni, sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit. itaque si ea domus ex kalendis Ianuariis fulta in kalendas Iunias permansisset, ita ut nec habitare quisquam nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestaturum, adeo ut nec cogi quidem posset (possit?) ex kalendis Iuliis refecta domu habitare, nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare.

Es ist ganz offenbar, dass Labeo ein Hauptgewicht darauf legt, dass dem Miether unbeschränkte Gelegenheit zum Weitervermiethen gegeben werde; aus diesem Grunde entscheidet er, dass der Miether nicht gezwungen werden könne, das erst am 1. Juli bewohnbar hergestellte Haus zu beziehen. Dazu passt aber der Nisi-Satz, der nur darauf abstellt, dass dem Wohnungsbedürfniss des Miethers abgeholfen wurde, ganz und gar nicht. Vorgenommen ist die Interpolation mit Rücksicht auf l. 9 pr. h. t. „*plane si . . . locator paratus sit, aliam habitationem non minus commodam praestare aequissimum ait absolvi locatorem.*“ Allein in dieser Stelle handelt es sich um die Verpflichtung des locator zur Interesseprästation wegen Eviction, von der er unter der angegebenen Bedingung frei

wird; in unserer l. 60 dagegen darum, ob der Miether das Beziehen der Wohnung ablehnen darf. Nach der Interpolation ist der Miether verpflichtet, einstweilen die Aushilfswohnung zu beziehen und sodann, wenn die gemiethete Wohnung hergestellt ist, in diese umzuziehen.

D. 20, 4 l. 3 § 1. Papin. l. 11 respons.

Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit. prioris causam esse potiore apparuit, si non creditor secundus pretium ei qui negotium gesserat solvisset; verum in ea quantitate quam solvisset eiusque usuris potior fore constare, nisi forte prior ei pecuniam offerat; quod si debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praefendum.

Hier fällt zunächst der Zwischensatz nisi forte prior ei pecuniam offerat deswegen auf, weil er selbstverständlich ist, und weil die ganz überflüssige Erwähnung des ius offerendi den Zusammenhang nur stört. Sieht man aber genauer zu, so wird man nicht umhin können, sich für Interpolation des ganzen Schlusses von verum in ea quantitate an zu entscheiden, in welchem die Compileren das, was schon gesagt war, in höchst unpapinianischer Weise breitgeschlagen haben, um bei dem Leser kein Missverständniss aufkommen zu lassen. Es handelt sich doch lediglich um das Prioritätsverhältniss der beiden Pfandrechte, und Niemand wird bestreiten können, dass, auch wenn Papinians Responsum mit gesserat solvisset schloss, über diesen Punkt durchaus kein Zweifel mehr übrig blieb.

D. 21, 1 l. 14 § 9 Ulp. l. 1 ad ed. aed. cur.

Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo et de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum est eo quod convenit (remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus), nisi sciens venditor morbum consulto reticuit: tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem.

Wenn der Verkäufer bezüglich einer Krankheit unternamentlicher Anführung derselben (nominatim) nicht haften zu wollen erklärt, so kann man doch nicht sagen, er habe sie

verschwiegen; der Nisi-Satz enthält also keinen Ausnahme-
thatbestand (in dem Sinne, dass das „consulto sciens“ die dif-
ferentia specifica der Ausnahme darstellte), sondern vielmehr
einen dem si venditor n. exceperit entgegengesetzten That-
bestand, und kennzeichnet sich dadurch als ein Werk der
Compileren, umsomehr, als der Satz tunc enim dandam
esse . . . replicationem zeigt, dass der unhaltbare Ausnahme-
standpunkt auch inhaltlich (nicht bloss formell durch Gebrauch
des nisi) eingenommen wird. — Die Worte remittentibus —
dandus dagegen möchte ich nicht mit Gradenwitz (Interpol.
S. 84) für interpolirt erklären, denn einmal passt dieser Be-
gründungssatz zum Vorausgehenden, während er zum Fol-
genden nicht passt, da man von remittere actiones doch nur
gegenüber dem reden kann, der nominatim de aliquo morbo
excepit; und dann ist das Bedenken von Gradenwitz wegen
regressus hinfällig, da es hier nicht „Regress“ (an den Ver-
käufer), sondern „Rückkehr“ (zu den actiones) bedeutet.

D. 21, 1 l. 33 pr. Ulp. l. 1 ad ed. aed. cur.

Proinde Pomponius ait iustam causam esse, ut quod in
venditione accessurum esse dictum est, tam integrum praeste-
tur, quam illud praestari debuit, quod principaliter venit . . .
sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum . . .
idem probat et si fundus cum instrumento venierit et in in-
strumento mancipia sint. Auch hier ist also der Fall so ge-
stellt: entweder certum corpus accessurum dictum est, oder
dies ist nicht geschehen; dass irgend etwas anderes aus-
gemacht sei, ist nicht unterstellt, denn die Entscheidung ba-
sirt gerade darauf, dass nichts sonst ausbedungen ist.
Wenn nun gesagt wird

puto hanc sententiam veram, nisi si aliud specia-
liter actum esse proponatur,

so ist dieser Nisi-Satz nicht nur überflüssig (Gradenwitz,
Interpol. S. 214 f.), sondern im Widerspruch mit dem, was im
Vorausgehenden stillschweigend hinsichtlich des Thatbestandes
angenommen ist.

D. 21, 1 l. 38 § 7 Ulp. l. 2 ad ed. aed. cur.

Caelius quoque scribit, non omnia animalia castrata ob id
ipsum vitiosa esse, nisi propter ipsam castrationem
facta sunt inbecilliora.

Was der Nisi-Satz zum Ausdruck bringen will, ist schon mit den Worten *ob id ipsum* im Hauptsatz gesagt; denn das will heissen: schon wegen der Castration allein und abgesehen von nachtheiligen Folgen, die diese im concreten Falle sonst noch hatte. Dass der Nisi-Satz aber nicht bloss überflüssig, sondern auch unlogisch ist, leuchtet ein: ist doch jetzt eigentlich gesagt, wenn die Thiere *propter castrationem facta sunt inbecilliora*, dann seien sie *ob id ipsum*, weil sie castrata sind und abgesehen von etwaigen Folgen, *vitiosa*!

D. 21, 2 l. 4 pr. Ulp. l. 32 ad ed.

Ulpian sagt auf die Frage, ob der Verkäufer eines Sklaven schuldig sei, wegen der Eviction des Kaufgeldes Bürgen zu stellen:

et est relatum, non debere, nisi hoc nominatim actum est.

Wieder liegt der Fall so, dass Ulpian seine Frage stellt und beantwortet unter der Voraussetzung, dass in dieser Beziehung nichts ausgemacht worden ist, welcher Voraussetzung der Nisi-Satz widerspricht. Formell ist in demselben ausser dem *nominatim* verdächtig der Indicativ *est* und das *hoc*, welches eigentlich beziehungslos dasteht und statt dessen man erwartet *aliud*.

D. 21, 2 l. 37 pr. Ulpian l. 32 ad ed.

Emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: non tamen ut satisfacatur, nisi si specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur.

Der erste Nisi-Satz kann recht wohl von Ulpian sein, welcher gegenüber der allgemein üblichen *duplae stipulatio* andeuten wollte, dass sie doch nicht zwingenden Rechtes sei. Der zweite dagegen ist nicht nur überflüssig — was man ja allenfalls auch von dem ersten sagen kann —, sondern er schiebt die Antithese *sed ut repromittatur* in schleppender Weise hinaus und verräth in dem *specialiter* die Compileren. In

D. 21, 2 l. 56 Paul. l. 2 ad ed. aed. cur.
passt zu dem Auspruch

non tamen ut vulgus opinatur etiam satisfacere debet qui duplum promittit, sed sufficit nuda repromissio

schlecht das folgende nisi aliud convenerit, denn es ist klar, dass Paulus den Fall voraussetzt, dass über die Frage, ob satisfactio oder einfache repromissio, nichts verabredet ist.

D. 21, 2 l. 75 Venuleius l. 16 stipul.

In diesem Fragment halte ich den Schlusspassus nisi hoc specialiter accessum sit für interpolirt, und desgleichen die auf die beiden vorausgehenden Nisi-Sätze folgenden selbstverständlichen und mit tunc enim eingeleiteten Sätze: tunc enim liberum ab omni servitute praestandum, und tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. Auch teneri non posse statt non teneri ist nicht unverdächtig.

D. 26, 1 l. 18. Neratius l. 3 regul.

Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent. Das kann Neratius schwerlich als Ausnahmefall im Rechte seiner Zeit gefunden haben; noch im Jahre 224 rescribte Alexander (l. 1 C. quando mulier 5, 35) einer gewissen Otacilia, die doch wohl um Uebertragung der Vormundschaft nachgesucht haben wird: tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum femineae infirmitatis tale officium est. Wir werden also — wozu auch wieder das specialiter eine starke Anregung giebt, da man sich doch generell um Vormundschaften nicht zu bewerben pflegt — einen Zusatz der Compileroren anzunehmen haben, hervorgegangen aus dem Streben, zwischen dem klassischen und dem späteren Recht (l. 2 C. eod. von 390) eine Vermittelung herzustellen. Sehr schüchtern angezweifelt ist der Satz nisi u. s. w. von Schlesinger in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. 8, S. 52.

D. 28, 5 l. 63 (62) § 1 Modestinus l. 2 pandectarum.

Quotiens non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet (quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat et ad designationem singulari nomine utatur): nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit.

Ist der, den man einsetzen wollte, mit richtigem Namen genannt, geht aber der Name auf Mehrere, so kann, da der Erbeinsetzungswille zum richtigen Ausdruck gekommen ist, auf beliebige Weise festgestellt werden, wer gemeint war; es

braucht das nicht aus dem Testament festgestellt zu werden. Ja bei *error nominis* liess man auch falsche Benennung gelten, wenn nur der oder das Gewollte anderweitig ermittelt werden konnte (l. 4 pr. de leg. I [30] und dazu Jherings Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 32 ff.). Wenn also Modestin sagt, dass *non apparet, quis heres institutus sit*, so ist damit eben der Fall gesetzt, dass nicht anderweitig ermittelt werden kann, wer instituiert werden wollte. Danach hat der Nisi-Satz keinen Sinn. Er hat Sinn (und namentlich die *aliae probationes* haben Sinn), wenn Modestin gemeint hätte: „so oft aus dem Testament nicht erhellt, wer eingesetzt sei“ — das hat er aber nicht gemeint. Uebrigens verrathen sich die Compileratoren hinlänglich schon durch die *probationes apertissimae* (Bd. VII S. 28 dieser Zeitschrift, Nr. VIII), durch *revelatum* und *pro qua persona testator senserit*.

D. 28, 7 l. 2 Ulp. l. 6 ad Sab.

Ein Sklave ist zum Erben eingesetzt unter der Bedingung *si meus erit cum moriar*. Wie wenn der Testator diesen Sklaven *pro parte* veräussert hat? Ulpian entscheidet: *verius est non defecisse condicionem*. Was nun folgt:

nisi evidentissimis probationibus testatorem voluisse apparuerit pro hac condicione haec verba inseruisse, si totus servus in dominio eius remanserit: tunc enim parte alienata condicio deficit,

ist Interpolation. Aeusserlich ergeben dies: die *probationes evidentissimae*, ferner *voluisse inseruisse*, dann der selbstverständliche Satz *tunc enim* u. s. w. (vgl. Ztschr. VII, S. 26 Nr. VII), endlich *haec verba*, was auf die vorausgegangene *institutio* geht, während das folgende *si totus servus* zu *hac condicione* gehört¹⁾. Sachlich ist der Fall von der Art derjenigen, die Gradenwitz Interpolationen S. 171 ff. behandelt, in deren Auffassung ich mit diesem Schriftsteller aber nicht übereinstimmen kann. Meiner Meinung nach wird schon im klassischen Recht der *voluntas* bezüglich des Testa-

¹⁾ Die Gänsefüsschen bei *si totus servus in dominio eius remanserit* in den beiden Mommsenschen Ausgaben sind augenscheinlich falsch; sie wären richtig, wenn stände *si totus servus in dominio meo remanserit*.

ments zur Geltung verholfen, sofern diese voluntas noch im Testament irgendwie zum Ausdruck gekommen ist. Ulpian aber, indem er fragt, wie ist das „si meus erit“ zu verstehen, supponirt eben, dass sich über die voluntas nichts ermitteln lässt, also just das Gegentheil dessen, was im Nisi-Satz steht.

D. 30 l. 33 Paul. l. 3 regularum.

Der Ausnahmesatz scilicet nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est utrumque eorum solidum accipere voluisse gehört zu der Kategorie derjenigen, welche Gradenwitz in der Eingangs erwähnten Schrift zusammengestellt hat. Der Grund, weshalb Gradenwitz diese Stelle nicht aufgenommen hat, liegt wohl darin, dass das ganze Fragment von den Compilatoren überarbeitet ist, vgl. meinen cit. Aufsatz S. 30.

D. 41, 2 l. 34 pr. Ulpian. l. 7 disput.

Si me in vacuum possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Der Nisi-Satz erweist sich als interpolirt, weil aus dem Vorhergehenden deutlich ersichtlich ist, dass es sich eben nicht um einen blossen error nominis handelte. Dazu kommt aber noch Folgendes. In den Digesten fährt Ulpian nach den angeführten Worten fort: quoniam autem in corpore consenserimus, an a te tamen recedat possessio u. s. w. Dass vor consenserimus die Negation fehlt, ist klar; der Ausfall erklärt sich aus dem vorausgehenden in corpore consenserimus des Nisi-Satzes. Ebenso klar ist aber, dass zu dem „an a te tamen recedat possessio“ das „quoniam autem“ schlechterdings nicht passt. Die Compilatoren haben ihren Nisi-Satz an unpassender Stelle, nämlich zu früh, eingeschoben und in Folge dessen dann noch autem hinter quoniam beigefügt. Ulpian aber hat geschrieben: si me in vacuum possessionem non adquiram possessionem, quoniam in corpore non consenserimus. An a te tamen recedat possessio u. s. w. Eine Erklärung des non adquiram possessionem war am Platz, da der missus ja thatsächlich in Folge der missio auf den fundus Cornelianus gegangen ist, und es ist nicht wahrscheinlich, dass

der sonst nicht wortkarge Ulpian diese Erklärung nicht gegeben habe; so aber wie sie in den Digesten steht, kann er sie nicht gegeben haben, denn dieses *quoniam autem in corpore non consenserimus an a te tamen recedat possessio* spricht aller Stilistik Hohn.

D. 42, 2 l. 2 Ulp. l. 58 ad ed.

Non fatetur qui errat, nisi ius ignoravit. Die Worte *nisi ius ignoravit* hält Buhl Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag S. 76 für interpolirt. Er hat dafür nur einen sachlichen Grund, nämlich den, dass nach anderen Stellen ein aus Irrthum abgelegtes Geständniss nur mittelst Restitution beseitigt werden kann. Man wird doch sagen dürfen, der Nachweis, dass zahlreiche Nisi-Sätze interpolirt sind, wirke in einem solchen Falle *fundatam intentionem* für denjenigen, der Interpolation behauptet.

D. 42, 8, l. 22 Scaevola l. 5 responsorum.

Cum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quaero, an in fraudem ceterorum creditorum factum nullius momenti esset. Der Fragesteller will wissen, ob nicht darin, dass ein Gläubiger für eine bisher unversicherte Forderung sich Pfand bestellen lässt (weil er anfängt, in die Solvenz des Schuldners Zweifel zu setzen), ein *in fraudem creditorum gestum* liege, und die Pfandbestellung also ungültig sei. Dass dies der Sinn der Frage sei, ergiebt die Antwort: *respondit creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset, m. a. W.,* es liege in dem bezeichneten Vorgang kein *in fraudem creditorem gestum*. Es liegt auf der Hand, dass das was nun folgt: *nisi id in fraudem ceterorum creditorum factum sit* hier gar keinen vernünftigen Sinn hat. Als Zusatz der Compileren schon hiedurch genügend gekennzeichnet, erweist sich der Nisi-Satz als solcher auch noch dadurch, dass das weiter folgende *et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent*, was doch (da es von *respondit* nicht regiert sein kann) grammatisch mit *nisi* verbunden werden müsste, in dieser Verbindung abermals keinen Sinn giebt. Vgl. übrigens Gradenwitz Interpolationen S. 200, wo der Satz, ohne dass übrigens eine nähere Begründung gegeben wäre, als wahrscheinlich interpolirt bezeichnet ist. Mommsens Con-

jectur „et ea via iuris curratur“ kann ich gar keinen Geschmack abgewinnen, sie beseitigt auch die Schwierigkeiten in keiner Weise.

D. 43, 19 l. 1 § 2 Ulp. l. 70 ad ed.

Neque ad praesens tempus refertur usus, quia plerumque itineribus vel via non semper utimur, nisi cum usus exegerit ita.

Mommsen will hier durch Streichen von semper und von ita helfen. Nachdem wir so viele interpolirte Nisi-Sätze kennen gelernt haben, will es uns wahrscheinlicher dünken, dass auch hier einer vorliegt. Was der Nisi-Satz will, steckt schon in plerumque.

D. 44, 5 l. 1 § 1 Ulpian. l. 76 ad ed.

Si pupillus sine tutoris auctoritate detulerit iusiurandum, dicemus non obstare exceptionem istam, nisi tutore auctore in iudicio delatio facta sit. Die Worte nisi — facta sit sind nicht bloss deshalb widersinnig, „weil doch auch ein extra iudicium (im Sinne Ulpians: ius) seitens eines Pupillen mit auctoritas tutoris angetragener und geschworener Eid zweifellos exco iuris iurandi begründet“ (Demelius Schiedseid und Beweiseid S. 55), sondern sie sind schon aus formell logischen Gründen zu beanstanden. Es ist hier einer derjenigen auch in justinianischen Constitutionen vorkommenden Fälle, wo das Gegentheil des Ausnahmestandes — sine tutoris auctoritate — schon im Thatbestand der Regel selbst enthalten, für eine Ausnahme also gar kein Platz ist.

D. 45, 1 l. 58 Iulianus l. 54 digestorum.

Dass in diesem Fragmente der Satzsatz:

nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit: tunc enim priore obligatione expirante ex secunda introducitur petitio et tam iter quam usus nec non quinque exigere possunt

von den Compilatoren herrührt, machen schon die Ausdrücke „specialiter exprimere“, dann „iter, usum exigere“, endlich das „tunc enim“ (Bd. VII, S. 26 dieser Zeitschrift, No. VII) wahrscheinlich. Dazu kommt, dass die veteres nach Justinians Bericht in l. ult C. de nov. 8, 41 (42) ja unter Umständen schon Novation annahmen ohne ausdrückliche Erklärung des Novationswillens: dass bei ausdrücklicher Erklärung Novation eintrete, war selbstverständlich, wenn sich die Sache überhaupt zur Novation anliess. Kein klassischer Jurist kann

also ausdrückliche Erklärung des Novationswillens verlangt haben; dies ist vielmehr von den Compilatoren in Gemässheit der cit. l. ult. C. de nov. geschehen. Ob Julian eine anders gefasste Ausnahme beigelegt hatte, oder gar keine, kann nicht festgestellt werden.

D. 45, 1 l. 126 § 1 Paulus l. 2 quaestionum.

Am Schlusse einer längeren Auseinandersetzung sagt Paulus:

plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est: nunquam personam, nisi expressa sit.

Dieses „nisi expressa sit“ ist offenbar absolut unlogisch, denn vorher ist ja ausdrücklich von dem die Rede, was in der Stipulation nicht ausgedrückt ist, vielmehr ex eo quod actum est ergänzt werden soll. In Anbetracht seiner Kürze könnte dieser Nisi-Satz auch ein Glossem sein: einstweilen werden wir befugt sein, uns wegen der Autorschaft an Tribonian und Genossen zu halten.

D. 46, 3 l. 100 Paulus l. 10 responsorum.

Die Stelle ist augenscheinlich in mehrfacher Hinsicht corrupt. Soviel ist sicher, dass Paulus sein Responsum (welches, wie es dasteht, ziemlich nichtssagend ist):

his tutoribus vel curatoribus recte pupillo pecuniam debitam solvi, qui negotia eius administrant: eos autem, qui provincialium rerum curatores vel tutores sunt, Italica negotia administrare non solere

nicht durch den folgenden Satz eingeschränkt haben kann:

nisi specialiter tutores provincialium rerum, ut sibi Romae redderetur, promitti curaverunt.

Denn jenes allgemeine Responsum bleibt ja auch dann wahr, wenn der Fall des Nisi-Satzes vorliegen sollte. Dieser Nisi-Satz hätte nur Sinn, wenn er etwa mit folgendem Responsum verbunden wäre:

iis autem, qui provincialium rerum curatores vel tutores sunt, Romae solvi non posse.

Aeusserlich verräth sich die Hand der Compileren durch die äusserst schleppende und ganz überflüssige Wiederholung „tutores provincialium rerum“.

D. 50, 17 l. 27 Pomponius l. 16 ad Sab.

Nec ex praetorio nec ex sollemni iure privatorum conventione quidquam immutandum est quia actionum modus vel lege vel per praetorem introductus privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit.

Klar ist, dass der Inhalt dieses Ausnahmesatzes in keiner Weise in den Rahmen des klassischen Rechts passen will: hier gilt der Satz *actionum modus* u. s. w. schlechthin. Was aber soll der Nisi-Satz im Sinne der Compileren bedeuten? An die Aenderung der Klage zu denken, welche bis zur *litis contestatio* zulässig ist (l. 3 C. de lit. cont. 3, 9) liegt nahe genug; aber dazu bedarf es keiner *conventio* und andererseits ist natürlich in den Worten *quia actionum modus* *non infirmatur* an Aenderung der Klage nicht gedacht, es müssten also diese Worte von den Compileren gründlich missverstanden sein. Es scheint mir der Schlüssel zum Verständniss dieser Interpolation in dem Satze (D. 18, 5 l. 5 § 2) zu liegen: *actiones* können *re integra* durch *conventio* beseitigt werden. Dabei ist dann der Actionstypus, von dem Pomponius spricht, verwechselt mit dem concreten Klagerecht. Von einem Wahlrecht der Parteien zwischen verschiedenen *modi agendi* kann Pomponius nicht wohl gesprochen haben (Wlassak, Röm. Processgesetze I, 122; *Litiscontest.* im Form. Proc. Not. S. 69), denn das ist ja keine *mutatio* der bestehenden *modi actionum*.

Nachschrift zu D. 30 l. 33 oben S. 318. Diese Stelle ist von Gradenwitz Interpol. S. 13 besprochen.

VIII.

Ueber die römischen Handlungsbevollmächtigten.

Von

Herrn **E. Ruhstrat,**

Präsidenten a. D. in Oldenburg.

Unter den Handlungsbevollmächtigten verstehe ich nicht die Institoren, welche meistens Sklaven oder Hauskinder des Geschäftsinhabers waren, sondern gewaltfreie Personen, die zur Betreibung eines Gewerbes als Procuratoren bestellt waren. Von einem derartigen Procurator ist z. B. die Rede in der aus Papinians lib. III resp. entlehnten l. 19 pr. D. de institoria act. 14, 3, wo es heisst:

In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio, quod aequae faciendum erit et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.

Wäre der procurator im Fall dieser Stelle ein wirklicher institor, so hätte, wie sich nachher ergeben wird, die echte institoria gegeben werden müssen, da das Geschäft, welchem er vorgesetzt war, in verschiedenen Stellen als ein wirkliches Handelsgewerbe anerkannt wird. Die Contractschliessungen der Procuratoren aber fielen, wie ich hier gleich hervorheben will, nicht unter das Edict des Prätors über die adjecticischen Klagen. Der dritte Contrahent erhielt auf Grund der Contracte, welche er im Interesse des Principals mit Procuratoren geschlossen hatte, die institorische actio neg. gestorum. Der Procurator haftete nicht und der Principal konnte die von dem Procurator begründeten Klagerechte ohne vorgängige Cession geltend machen, so dass also die rechtlichen Verhältnisse, welche durch die Contractschliessungen gewaltfreier Vertreter im Handelsverkehr begründet wurden, grosse Aehnlichkeit hatten mit denen, welche durch die jetzigen handelsrechtlichen Vertreter hervorgerufen werden. Doch bestand ein

wesentlicher Unterschied. Dass im Interesse des Principals (*contemplatione domini*) contrahirt worden, ergab sich aus jeder bei der Contractschliessung erfolgten Bezugnahme auf die Vollmacht oder den Machtgeber, war also regelmässig ohne Schwierigkeit festzustellen. Nach den heutigen Grundsätzen muss der Vertreter entweder ausdrücklich oder stillschweigend im Namen des Vertretenen contrahiren. Wie schwierig und bedenklich aber die so oft nothwendige Feststellung ist, dass stillschweigend im Namen des Vertretenen contrahirt sei, und wie sehr die Betheiligten in dieser Hinsicht dem willkürlichen Ermessen der Richter anheimgegeben sind, will ich hier nicht wiederholen. — Es konnten nun zwar bei den Römern auch nach Einführung der institorischen *actio neg. gestorum* immer noch gewaltfreie Personen als Institoren bestellt werden, deren Contractschliessungen dann nach dem prätorischen Edict zu beurtheilen waren, aber das wird immer seltener vorgekommen sein, weil der Principal und der Vertreter sich besser dabei standen, wenn der letztere als *procurator* bestellt wurde. Freilich konnte der Institor bei jeder einzelnen Contractschliessung zu vereinbaren suchen, dass die Contractsklage gegen ihn selbst nicht erhoben werden dürfe, allein er hätte leicht das Misstrauen dritter Contrahenten erregt, wenn er jedesmal auf seine persönliche Sicherheit Bedacht genommen hätte. Auch wurde im Drange der Geschäfte nicht immer ängstlich erwogen, ob der Handel zu einem Streite führen werde. Darum musste es zweckmässiger erscheinen, dass die mit der Contractschliessung eintretende Haft des Vertreters regelmässig, ohne ausdrückliche Vereinbarung, gleich wieder aufhörte und nur bestehen blieb, wenn dies ausdrücklich verabredet wurde. Dass letzteres vorkam, ergibt sich z. B. aus der schon angeführten und nachher noch näher zu besprechenden *l. 19 pr. D. de instit. act.* Statt dessen wurde in den Fällen, wo die alleinige Haft des Machtgebers dem Dritten nicht genügte, gleich bei der Contractschliessung auch wohl ein Bürge bestellt, was sich z. B. aus Papinians *l. 31 pr. D. neg. gest.* ergibt. Ulpian erwähnt in *l. 10 § 5 D. mand. 17, 1* einen ganz ähnlichen Fall, in welchem Papinian sich darüber ausgesprochen hat, dass der mit der Aufnahme eines Darlehens beauftragte *procurator*

einen Bürgen bestellt habe. Der Bürge gewährte dem Gläubiger die Sicherheit, welche der procurator nicht zu leisten brauchte und auch nicht leistete.

Ich will nun versuchen diese Aufstellungen, soweit es erforderlich ist, aus den Quellen nachzuweisen. Den Zusammenhang der wohl zuerst von Papinian gegebenen *actio ad exemplum institoriae*¹⁾ mit dem prätorischen Edict über die adjecticischen Klagen habe ich in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 26 S. 459 ff. zu entwickeln gesucht. Ich muss darauf kurz zurückkommen. Wenn ein *institor ejus rei causa cui praepositus fuit* mit einem Dritten contrahirte und der Dritte mit ihm darin einig war, dass *ejus rei causa etc.* contrahirt wurde, so wurde angenommen, dass der *institor* nicht bloss in eigenem Namen, sondern auch in dem des Principals contrahirt habe und es würde dem Dritten sein, dem *institor* gegenüber begründetes Rechtsmittel auch gegen den Principal gegeben, indem die im Namen des Principals erfolgte Contractschliessung als im voraus durch die Vollmacht gebilligt angesehen wurde. Die Rechtsmittel, welche der *institor* dem Dritten gegenüber begründet hatte, konnte der Principal ebendeshalb, weil auch der *istitor* haftete, in der Regel erst geltend machen, nachdem sie ihm vom *institor* cedirt waren. Ergab sich im einzelnen Falle, dass der *institor* bloss in eigenem Namen contrahirt hatte, so wurde angenommen, dass ein Rechtsverhältniss nur zwischen dem Dritten und dem *institor* begründet worden sei. Diese Vorschriften, welche für die Contracte der *Institoren* und *Magister* berechnet waren, fanden selbstverständlich auf die Contracte der *Procuratoren* keine Anwendung. Aber Papinian fand es unbedenklich, jene prätorische Auffassung der Vollmacht und ihrer rechtlichen Wirkung in Ansehung der von Bevollmächtigten geschlossenen Verträge, ausserhalb des Handelsrechts zur Geltung zu bringen und wusste unter Benutzung dieses Gesichtspunktes an der Hand des geltenden Rechts in den Fällen, wo ein blosser *procurator ejus rei causa cui praepositus fuit* mit einem Dritten contrahirt hatte, ein der *institutoria* an Wirkung gleichstehendes Rechtsmittel des Dritten gegen den

¹⁾ Vgl. Pernice, *Labeo* I S. 496.

Machtgeber nachzuweisen, wobei er zugleich dahin gelangte, dass der procurator nicht in der Haft verblieb und der Machtgeber die vom procurator begründeten Klagen ohne Cession geltend machen konnte. Indem er die prätorische Auffassung, nach der einem institor, welcher ejus rei causa etc. contrahirte, ein doppelter Vertragswille zuzuschreiben war, bei Seite liegen liess, vielleicht deshalb, weil er eine analoge Anwendung dieser Bestimmung für unzulässig hielt, daneben aber der Meinung war, dass die prätorische Vorschrift dem Parteiwillen selten entspreche, begründete er sein neues Rechtsmittel etwa in folgender Weise: Wenn der Procurator mit dem Dritten bei der Contractschliessung darin einig ist, dass vollmachtgemäss, also lediglich wegen des Machtgebers und in dessen Interesse contrahirt werde, so müssen sie vernunftgemäss den Willen haben, dass die in der Person des Procurators entstehenden Verbindlichkeiten lediglich von dem Machtgeber erfüllt werden sollen. Das entspricht ja allerdings nicht der hergebrachten Schulmeinung, aber es entspricht und entsprach schon zu Papinians Zeit dem Parteiwillen. Danach verzichtet der Dritte gleich mit der Contractschliessung *contemplatione domini* auf sein gegen den Vertreter begründetes Rechtsmittel, während dieser den Verzicht annimmt und zugleich kraft seiner Vollmacht im Namen des Principals genehmigt, indem er stillschweigend erklärt, dass dieser zu erfüllen habe. Kann der Institor den Principal dadurch verpflichten, dass er auf Grund seiner Vollmacht im Namen desselben contrahirt, so erscheint die Annahme nicht bedenklich, dass der Procurator den Machtgeber auf Grund der Vollmacht in der Weise verpflichten kann, dass er in dessen Namen genehmigt. Wer das nicht zugeben will, der muss auch in dem Fall, wo der Bevollmächtigte in eigenem Namen contrahirt, dabei aber mit Dritten ausdrücklich vereinbart hat, dass der Machtgeber zu erfüllen habe, dem Dritten jedes Rechtsmittel absprechen und zwar aus dem Grunde, weil nicht die richtige Form gewählt sei. Wollte aber ein Machtgeber sich darauf berufen, so würde er damit beweisen, dass er sich auf Schleichwegen seiner unleugbaren Verbindlichkeit zu entziehen suche, denn ob ein vollmachtgemäss abgeschlossenes Geschäft im Namen des Principals errichtet

wird, oder in der Weise, dass der Vertreter in eigenem Namen contrahirt, daneben aber dem Machtgeber kraft seiner Vollmacht die Verbindlichkeit auflegt, die Erfüllung des Contracts zu übernehmen, kann für die unbefangene Beurtheilung keinen Unterschied machen. Die Meinung aber, dass die einmal in der Person des Vertreters entstandene Verbindlichkeit sich nicht durch blosse Vereinbarung übertragen lasse, ist als verfehlt zu betrachten. Die Uebertragung erfolgt, wie ich schon früher gezeigt habe, in der Weise, dass der Gläubiger *contemplatione domini* und mit der Absicht vom Machtgeber Ersatz zu fordern, auf seine Contractsklage verzichtet und dass der Vertreter seiner mit dem Gläubiger getroffenen Abrede entsprechend, die *neg. gestio* des Gläubigers im Namen des Machtgebers genehmigt. Papinian nannte die Klage daher *actio neg. gestorum* und zwar mit dem Zusatz: *ad exemplum institoriae*, weil sie wie die *institoria* auf der Vollmacht beruhte. — In Ansehung des Beweises dieser Auffassung Papinians will ich mich hier, unter Bezugnahme auf meine früheren Ausführungen kurz fassen, soweit ich nicht neue Argumente anzuführen habe. Es kommt hier vorzugsweise in Betracht die l. 31 pr. D. *neg. gest.* 3, 5, in der Papinian den Namen der Klage vollständig angiebt. In dem hier von ihm behandelten Fall contrahiren der Mandatar und der Gläubiger mit Bezugnahme auf das dem letzteren mitgetheilte Schreiben des Mandanten (*cujus litteras secutus creditor contraxit*). Daraus wird von Papinian ohne weiteres gefolgert, dass dem Gläubiger die *actio neg. gestorum ad exemplum institoriae* gegen den Machtgeber zusteht, wonach demselben die Contractsklage gegen den Bevollmächtigten (Mandatar) nicht zusteht, indem die *actio neg. gestorum* nur durch den Verzicht auf die Darlehensklage ins Leben treten konnte. Die Contractanten waren darin einig, dass wegen der Vollmacht und des Machtgebens contrahirt werde und machten damit aus, dass die contractliche Verbindlichkeit von dem Machtgeber zu erfüllen sei, was damit zugleich von dem Vertreter kraft seiner Vollmacht im Namen des Machtgebers genehmigt wurde. So viel ich weiss, ist Baron, *adjecticische Klagen* S. 193, der einzige Schriftsteller, welcher sich nicht damit begnügt, die *institorische actio neg. gestorum* für die *adjecticische actio quasi*

institoria zu erklären. Ich will darum über seine Ansicht hier noch Einiges bemerken. Er sagt: Papinians Auffassung in l. 31 pr. D. neg. gest. 3, 5 sei die, dass man durch Gewährung eines Darlehens eine doppelte Obligation contrahiren könne, nämlich die Darlehensobligatio gegenüber dem contrahirenden Vertreter und die Geschäftsführungsobligatio gegenüber dem Geschäftsherrn. Dabei wird auf S. 41 der Abhandlung verwiesen, wo es heisst: „Ich kann Jemandem ein Darlehen geben mit der Abrede, dass es zum Besten eines Dritten verwendet werde. Indem der Darlehnsgeber diese Abrede zum Bestandtheil des Vertrages erhebt, gerirt er die Geschäfte des Dritten und erwirbt gegen ihn eine Klage nach den Grundsätzen der negotiorum gestio.“ Dazu bemerke ich Folgendes: Wenn Jemand dem, in eigenem Namen handelnden, Stellvertreter eines Anderen Geld leiht, so bekommt er für sein Geld die Darlehensklage, wonach er nichts aufopfert und wenn er das Darlehen mit einseitiger contemplatio domini gegeben hat, so kann diese contemplatio ihm die actio neg. gestorum nicht begründen, weil sie keine Aufopferung zur Folge hat, da er trotz derselben die Darlehensklage gegen den Stellvertreter anstellen kann. Sollte mit der Darlehensklage nichts zu holen sein, so wäre das die Folge der Besorgung seines eigenen Geschäfts. Wenn aber bei der Contractschliessung zugleich die Abrede getroffen wird, dass der geliehene Betrag zum Besten des Geschäftsherrn verwendet werden soll, so erklärt der Darlehnsgeber im Einverständniss mit dem Stellvertreter: „Der geliehene Betrag, welcher nach unserer Abrede für den Machtgeber verwendet werden soll, braucht eben desshalb nicht an mich zurückgezahlt zu werden; ich gebe meinen Anspruch contemplatione domini auf und werde meine Entschädigung direct von dem Machtgeber mit der actio neg. gestorum fordern. Deine Sache aber ist es, den vollmachtsgemäss geliehenen Betrag vollmachtsgemäss zu verwenden, denn jene Abrede hat durchaus nicht den Sinn, dass der geliehene Betrag in meinem Auftrage von Dir verwendet werden soll“¹⁾. Mit der Abrede, dass der Betrag zum Besten des Machtgebers, also vollmachtsgemäss zu verwenden sei,

¹⁾ A. M. ist Wendt in den Jahrb. für Dogmatik B. 28 S. 15 ff.

erklärten beide Theile sich darin einverstanden, dass der Machtgeber dem Gläubiger Ersatz zu leisten habe, womit der Stellvertreter zugleich im Namen des Machtgebers, kraft der von diesem gegebenen Vollmacht, genehmigte.

In Ansehung der l. 10 § 5 D. mandati 17, 1 bemerke ich noch, dass Papinian hier nach Ulpian's Bericht denselben Fall behandelt, wie in l. 31 pr. D. neg. gest.¹⁾. Daraus ergibt sich, dass er unter der actio quasi institoria keine andere Klage versteht, als die in l. 31 pr. gegebene actio neg. gestorum quasi institoria²⁾. Dass Ulpian den Papinian missverstanden habe, braucht also nicht vermuthet zu werden.

In l. 6 § 1 (l. 5 § 3) D. neg. gest. 3, 5 behandelt Ulpian den schon oben besprochenen Fall, wo einem procurator Geld geliehen ist mit der Abrede, dass der geliehene Betrag zum Besten des Machtgebers zu verwenden sei. Ulpian spricht sich bestimmt dahin aus, dass der Gläubiger den procurator, mit welchem er contrahirte, nicht verklagen, gegen den Principal aber die actio neg. gestorum anstellen kann.

In l. 5 § 1 D. quando ex facto tutoris 26, 9 sagt Papinian mit deutlichen Worten, dass der Gläubiger, welcher einem Vormund Geld geliehen hat mit der Abrede, das Geld zum Besten des Pupillen (nämlich zur Bezahlung einer Judicatsschuld) zu verwenden, den Vormund nicht verklagen kann.

In l. 13 § 25 D. de act. emti vend. 19, 1 berichtet Ulpian über einen von Papinian (lib. III resp.) behandelten Fall, in welchem ein procurator contemplatione domini mit einem Dritten contrahirt (einen Kaufcontract geschlossen) hat. Papinian und Ulpian sind der Meinung, dass der Käufer die utilis actio ad exemplum institoriae gegen den Machtgeber anstellen und dass letzterer eben desshalb auch umgekehrt mit der Contractsklage gegen den Käufer auftreten kann. Schon diese zuletzt erwähnte Annahme liefert den Beweis, dass die Juristen unter der actio ad exemplum institoriae actionis keine andere Klage verstehen können als die actio neg. gestorum ad exemplum institoriae actionis.

¹⁾ Das meint auch Baron S. 194. — ²⁾ Vgl. darüber, dass Papinian den Namen der Klage nicht vollständig angiebt, die Schlussbemerkung.

Ueber l. 5 Cod. de exerc. et instit. 4, 25:

Si pecuniam mutuam accipere Demetriano Domitianus mandavit et hoc posse probare confidis, ad exemplum institoriae eundem Domitianum apud competentem iudicem potes convenire

bemerke ich folgendes. Der Fall, in welchem die Kaiser um Entscheidung gebeten waren, mag etwa so gelegen haben: Demetrianus hatte eine bestimmte Summe von dem Bittsteller geliehen und zwar unter der Behauptung, dass er von Domitianus beauftragt sei, das Geld zu leihen. Zugleich hatte er dem Darleiher bescheinigt, dass er im Auftrage des Domitianus die entsprechende Summe geliehen erhalten habe. Die Kaiser entscheiden nun, dass dem Gläubiger die actio (neg. gestorum) ad exemplum institoriae gegen Domitian zustehe, wenn er den von dem letzteren geleugneten Auftrag sollte beweisen können. War der behauptete Auftrag nämlich in der That gegeben, so lag die Sache gerade so, wie in dem Fall der l. 31 pr. D. neg. gest. 3, 5. Zwar meint Baron S. 135, das Rescript habe die Argumentation der l. 31 pr. aufgegeben, da es von einer negotiorum gestio nichts wisse, allein in jedem Falle, wo nach Papinian die actio ad exemplum institoriae oder die actio quasi institoriae gegeben wird, versteht er darunter die actio negot. gestorum ad exemplum institoriae actionis. Dasselbe thun die Kaiser im Fall der l. 5 Cod. cit.

In l. 6 Cod. eod. sagen die nämlichen Kaiser (Diocletian und Maximian):

Qui secutus domini voluntatem cum servo ipsius habuit contractum, ad instar actionis institoriae recte de solido dominum convenit.

Unter der actio ad instar institoriae verstehen sie die actio neg. gestorum ad exemplum institoriae actionis. Diese Klage unterschied sich darin von den Stellvertretungsklagen¹⁾, dass es nicht darauf ankam, ob die Mittelsperson mit der kundgegebenen Absicht contrahirt habe, als Stellvertreter zu handeln und verdiente in manchen Fällen schon aus diesem Grunde den Vorzug.

¹⁾ Vgl. Savigny, Obligationen Bd. 2, S. 33.

Alle diese bis jetzt angeführten Gesetze, welche sich über die *actio ad exemplum institoriae* aussprechen, habe ich hier insbesondere desshalb wieder zusammengestellt, weil sie den Beweis, welchen ich jetzt noch in Ansehung der Handlungsprocuratoren beibringen werde, ganz wesentlich unterstützen.

Was nun das römische Handelsrecht betrifft, so konnte Papinian insofern nicht eingreifen, als ihm die prätorischen Bestimmungen im Wege standen, insbesondere der Grundsatz, nach welchem dem contrahirenden Institor oder Magister regelmässig ein doppelter Vertragswille zugeschrieben wurde, was eine doppelte Obligation zur Folge hatte. Aber Papinian glaubte annehmen zu dürfen, dass die prätorischen Bestimmungen auf die Contractschliessungen der Procuratoren des Handelsverkehrs nicht anzuwenden seien¹⁾. War eine gewaltfreie Person zur Betreibung eines Handelsgewerbes als procurator bestellt, so waren der Principal und der procurator darin einig, dass die Contractschliessungen dieses procurator nicht den prätorischen Bestimmungen, sondern den abgesehen davon geltenden Vorschriften unterstellt werden sollten und es wurde auf Grund solcher Contracte seit Papinian die institorische *actio neg. gestorum* gegeben²⁾. Uebrigens glaube ich auf Grund der mitgetheilten l. 5 Cod. de exerc. et inst. annehmen zu müssen, dass die genannte Klage, jedenfalls zur Zeit der erwähnten Kaiser, mitunter auch in solchen Fällen gegeben ist, wo jemand mit einem institor oder magister — derselbe mochte gewaltfrei sein oder nicht — contrahirt hatte. Zwar wurde solchen Vertretern regelmässig ein doppelter Vertragswille zugeschrieben, aber diese Annahme traf thatsächlich nicht immer zu. Wenn sich im einzelnen Fall herausstellte, dass der Institor bloss im eigenen Namen contrahirt habe, aber doch mit dem Dritten darin einig gewesen sei, dass lediglich im Interesse des Principals, also wegen des vollmachtgemässen Zwecks (*propter domini voluntatem*) contrahirt werde, so war die *actio institoria* nicht begründet, wohl aber die *actio neg. gestorum ad exemplum in-*

¹⁾ Der procurator war durchgängig Ersatzmann. So auch Pernice, *Labeo* Bd. 1 S. 495. — ²⁾ War dem dritten Contrahenten nicht mitgetheilt, dass die im Geschäft angestellte Person ein procurator sei, so galt dieselbe als institor. Dies folgt z. B. aus l. 18 D. de instit. 14, 3.

stitoriae. Dass der Gläubiger in derartigen Fällen eine Klage gegen den Machtgeber hat, entspricht doch wahrlich auch dem Rechtsgefühl und der Billigkeit. Gleichwohl ist man der Meinung, dass nach den heutigen Grundsätzen in derartigen Fällen eine Klage des Dritten nur gegen den Vertreter begründet sei. Hat der Vertreter bloss in eigenem Namen contrahirt, daneben aber mit dem Dritten ausdrücklich vereinbart, dass die von ihm übernommene Verbindlichkeit von dem Machtgeber zu erfüllen sei, so glaubt man den Dritten auf die Klage gegen den Vertreter beschränken zu müssen, und die Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich wollen diese bedenkliche Consequenz sogar mit in die Zukunft hinübernehmen! Nach meiner Auffassung ist es eine ganz unzulässige Bevormundung des Publikums und eine unnöthige, bei den Römern schon durch Papinians neue Klage abgeschaffte Beschränkung der Bewegungsfreiheit, wenn man vorschreibt, dass eine Klage dritter Contrahenten gegen die Machtgeber nicht durch freie Vereinbarung der Dritten mit den Bevollmächtigten begründet werden kann, sondern nur dadurch, dass von Seiten der Bevollmächtigten im Namen der Machtgeber contrahirt wird.

Es braucht kaum bemerkt zu werden, dass es lediglich von dem Principal abhing, welche Machtbefugniss er den von ihm bestellten Procuratoren einräumen wollte. Der mit der Betreibung eines Handelsgewerbes beauftragte Procurator hatte im wesentlichen dieselbe Vollmacht wie ein institor. Es gab indess Procuratoren mit geringeren Befugnissen¹⁾. Es kam auch der umgekehrte Fall vor. Der Procurator konnte unter Umständen sogar Institoren für den Principal anstellen²⁾ und mit der *actio institoria* verklagt werden³⁾.

Ich wende mich nun zu den Stellen, welche sich speciell auf die Handelsprocuratoren beziehen.

1) Die gleich im Anfang erwähnte und abgedruckte l. 19 pr. D. de instit. 14, 3 von Papinian. Ich habe früher mit Baron S. 190, 193 annehmen zu müssen geglaubt, dass Papinian das hier in Frage stehende Gewerbe nicht als ein eigent-

¹⁾ Vgl. z. B. l. 5 § 10 D. de instit. 14, 3. — ²⁾ L. 5 § 18 D. eod. — ³⁾ L. 6 eod.

liches Handelsgewerbe habe gelten lassen, vielleicht wegen der Seltenheit des Geschäfts, dass er denjenigen qui mutuis accipiendis pecuniis praepositus est, darum nicht als wirklichen institor anerkannt und auf Grund seiner Contractschliessungen eine actio quasi institoria gegeben habe. Diese Auffassung ist nicht haltbar, denn es ergibt sich aus anderen Stellen mit Sicherheit, dass das fragliche Geschäft als ein wirkliches Handelsgewerbe anerkannt ist. Zunächst sagt Papinian selbst in l. 19 § 1 eod., dass der servus, welchen Jemand apud mensam pecuniis accipiendis bestellt hat, ein wirklicher institor ist. Ferner bemerkt Ulpian in l. 13 pr. eod.:

Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate. Eundem et mutuis pecuniis accipiendis; acceperat mutuum pecuniam. Putans creditor, ad merces eum accepisse, egit proposita actione; probare non potuit, mercis gratia eum accepisse; licet consumpta est actio, nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus, utilem ei actionem competere, ait.

Wurde auf Grund der Contractschliessung eines Sklaven der mutuis accipiendis pecuniis angestellt war, die echte institoria gegeben, was nach dieser Stelle nicht zweifelhaft ist, so wäre sie auch gegeben, wenn statt des Sklaven eine gewaltfreie Person bestellt gewesen wäre, denn ob der institor frei war oder nicht, machte keinen Unterschied¹⁾. In dem Fall der Stelle wird freilich eine utilis institoria gegeben, aber nur darum, weil die echte institoria consumirt war. Abgesehen von der Consumtion hält Ulpian die echte institoria für begründet. Warum wird denn nun diese in dem Fall der l. 19 pr. nicht gegeben, obgleich hier von dem nämlichen Gewerbe gehandelt wird, wie in l. 13 pr.? Ich antworte darauf: weil im Fall der l. 19 pr. ein procurator, kein institor, präponirt war und die prätorischen Grundsätze nicht auf die Contractschliessungen der Procuratoren angewandt wurden²⁾. Die

¹⁾ Vgl. l. 7 § 1 D. de instit. 14, 3. — ²⁾ Da ein wirkliches Handelsgewerbe in Frage stand, so ist es doch sicher auffallend, dass Papinian sagt, es sei ein procurator bestellt. Die Meinung, dass jeder gewaltfreie institor als procurator bezeichnet sei, Kritz Pandekten I, 1, S. 340, ist nicht haltbar. Vgl. z. B. l. 7 § 1 eod.

ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung des procurator mit dem dritten Contrahenten, dass wegen des Principals, also in dessen Interesse contrahirt wurde, legte Papinian aber dahin aus: dass die lediglich im Interesse des Principals vom procurator übernommene Verbindlichkeit auch lediglich von Principal zu erfüllen sei. Aus l. 19 pr. ergibt sich nun in der That, dass der procurator aus dem mutuum nicht verklagt werden kann. Wäre nämlich die Darlehensklage begründet gewesen, so hätte Papinian mit den Worten ausgereicht: *quod aequè faciendum erit et si procurator solvendo sit*. Die Erwähnung der Stipulation wäre überflüssig gewesen, denn ob der procurator auf Grund des Darlehens oder einer damit verbundenen Stipulation verklagt werden konnte, war gleichgültig, wenn es Papinian darauf angekommen wäre, die adjecticische Doppelhaft zum Ausdruck zu bringen und festzustellen, dass der Principal nicht bloss in subsidium hafte¹⁾, was umsoweniger Papinians Meinung gewesen sein kann, als seit Einführung der *a. exercitoria* und *institoria* gerade in entgegengesetzter Richtung, nämlich darüber Zweifel entstanden zu sein scheinen, ob neben der adjecticischen Klage nun auch noch die Klage gegen den Vertreter stattfinde. Darauf scheint Paulus in l. 5 § 1 D. de exercitoria act. 14, 1 hinzudeuten:

— — Nam et cuivis alii non obstat hoc edictum, quominus cum magistro agere possit; hoc enim edicto non transfertur actio, sed adjicitur.

Auf die Frage, welche Bedeutung man hiernach der von Papinian in l. 19 pr. erwähnten Stipulation beizulegen habe, ist Folgendes zu antworten: Die von Papinian gegebene *utilis ad exemplum institoriae actio* beruhte darauf, dass der Gläubiger seinen dem procurator gegenüber begründeten Darlehensanspruch *contemplatione domini* aufgegeben hatte, mit der Absicht von dem Principal Ersatz zu fordern und diese *negotiorum gestio* als mittels der Vollmacht genehmigt anzusehen war. Aber daraus folgte nicht, dass die Klage, etwa aus dem Grunde, weil sie formell eine *actio neg. gestorum*, also eine Entschädigungsklage war, nur stattfinde, wenn der Gläubiger

¹⁾ Dies wird angenommen von Mühlenbruch, Cession § 14 Note 287.

sonst überall keinen Ersatz würde erhalten können. Wie der Procurator eine vierte Person als Bürgen der Schuld des Principals hätte stellen können, was Papinian in l. 31 pr. D. neg. gest. 3, 5 ausdrücklich hervorhebt, so konnte er auch sich selber durch Stipulation verpflichten, den Betrag, welchen der Principal schuldig geworden war zu zahlen, ohne der institorischen actio neg. gestorum damit ihre Grundlage zu entziehen. — Der in l. 6 § 1 (l. 5 § 3) D. neg. gest. behandelte Fall liegt in Betreff der Stipulation anders. Der procurator hat sich durch Stipulation verpflichtet, seine eigene Darlehensschuld zu bezahlen und es ist diese Verbindlichkeit, nebst der aus dem Darlehen, durch die Nebenberedung weggefallen, dass der geliehene Betrag vollmachtgemäss verwendet, also nicht an den Gläubiger zurückgezahlt werden soll. Im Fall der l. 19 pr. hat der procurator sich durch Stipulation verpflichtet, die Schuld des Principals aus neg. gestio zu bezahlen, so dass der Gläubiger nun wieder zwei Schuldner hat, nämlich den procurator aus der Stipulation und den Principal aus der negotiorum gestio.

2) Nachdem Papinian in l. 19 pr. den Fall behandelt hat, wo einem wirklichen Handelsgewerbe eine gewaltfreie Person als procurator vorgesetzt ist, dessen Contractschliessungen den Principal formell in anderer Weise verbindlich machen, als die eines institor, indem sie die actio neg. gestorum ad exemplum institoriae gegen ihn begründen, geht er in § 1 auf den Fall über, wo Jemand einem gleichen Handelsgewerbe seinen Sklaven als institor vorgesetzt hat, dem er im Laufe der Geschäftsführung die Freiheit giebt, und bemerkt darüber, dass die Freilassung des institor die causa der Haft des Principals nicht verändere. Er sagt nämlich

Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque clatam, idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa.

Es kann wohl nicht zweifelhaft sein, dass Papinian damit Folgendes aussprechen will: „ein Sklave, der als institor angestellt ist, wird durch die im Laufe der Verwaltung erfolgende Freilassung nicht zu einem procurator; die Contracte, welche er als Freigelassener schliesst, verpflichten

den Principal also nicht in anderer Weise, als die welche er vor der Freilassung geschlossen hat.“ Die Gewaltfreiheit eines handelsrechtlichen Vertreters beweist noch nicht, dass derselbe ein procurator ist. Dritte Contrahenten, welchen die Freilassung bekannt geworden war, hatten keinen Grund bloss darum anzunehmen, dass der institor nun nicht mehr institor, sondern procurator sei. — Wenn man bei Erklärung der l. 19 § 1 ganz absieht von dem, was Papinian eben vorher gesagt hat, so fragt man sich vergeblich, wie denn darüber ein Zweifel entstehen konnte, dass ein freier institor den Principal in der nämlichen Weise verpflichte, wie ein unfreier und wie Papinian dazu gekommen sei, etwas ganz Selbstverständliches auszuführen. Da nämlich der freie institor ebenso wie der unfreie, mittelst seiner Contracte die echte institoria begründete, so verstand es sich ganz von selbst, dass die causa periculi durch die Freilassung des institor keine Veränderung erlitt.

3) In l. 16 D. de institoria 14, 3 ist von einem villicus die Rede, der mercibus distrahendis praepositus est. Derselbe ist nach meiner Auffassung kein institor, sondern ein procurator, weshalb auf Grund seiner Contracte eine Klage „exemplo institoriae“ gegeben wird. Paulus sagt hier:

Si cum villico alicujus contractum sit, non dabitur in dominum actio, quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quaestum praeponitur. Si tamen villicum distrahendis quoque mercibus praepositum habuero, non erit iniquum, exemplo institoriae actionem in me competere.

Wer präponirt war ad mercium distractionem galt regelmässig als institor¹⁾. Wie beim Handwerk l. 6 § 5 eod., so kam der institor auch in der Landwirthschaft vor und wenn der villicus in dem Fall der l. 16 ein Sklave gewesen wäre²⁾, so hätte Paulus jedenfalls die actio institoria gegeben. Da er anstatt derselben die actio exemplo institoriae giebt, so muss angenommen werden, dass er den gewaltfreien villicus als

¹⁾ Vgl. l. 5 § 12 D. de instit. 14, 3. — ²⁾ Dass nicht jeder villicus ein Sklave war, erhellt z. B. aus l. 18 § 4 D. de instruct. vel instrum. leg. 33, 7.

einen mit dem Verkauf der Erndte beauftragten *procurator* beurtheilt hat. Der *villicus* war entweder als *institor* oder als *procurator* angestellt, aber hätte der Principal ihn als *institor* präponirt, so würde Paulus die echte *institoria* gegeben haben. Zur Gewährung einer *adjecticischen actio quasi institoria* hatte er jedenfalls gar keine Veranlassung.

Die vorstehende Ausführung dürfte zur weiteren Bestätigung meiner Ansicht über die *institorische actio neg. gestorum* dienlich sein, doch sind die Beweise damit noch nicht abgeschlossen. Ich hoffe später noch weitere beibringen zu können, will aber in dieser Beziehung schon hier auf folgenden Gesichtspunkt hinweisen. Man nimmt gewöhnlich an¹⁾, dass seit Papinian aus jeder von einem Bevollmächtigten ohne Grenzüberschreitung angeknüpften *obligatio*, dem welcher mit Rücksicht auf den Geschäftsherrn contrahirt hatte, nach der Analogie der *institorischen Klage*, eine *utilis actio ad exemplum institoriae*, oder *quasi institoria*, gegeben sei. Es soll auch hier, wie bei der echten *actio institoria*, dem dritten Contractanten seine gegen den Bevollmächtigten begründete Klage *utiliter*, als *actio adjectitiae qualitatis*, gegen den Geschäftsherrn eingeräumt sein und zwar zuerst von Papinian, weshalb man ihn als den Schöpfer der *actio quasi institoria* bezeichnet. Dabei erhebt sich indess die Frage, ob Papinian sich für befugt erachten konnte, geradezu über den Kreis hinauszugehen, welchen der Prätor ausdrücklich für die *adjecticischen Klagen* festgesetzt hatte. Nach meiner gegenwärtigen Auffassung²⁾ hat er diesen Kreis nicht überschritten, indem die von ihm gegebene und auch wohl eingeführte *actio quasi institoria* überall keine *adjecticische Klage* ist. Er hat nur die rechtliche Bedeutung, welche der Vollmacht in Beziehung auf die Contracte der *Institoren* und *Magister*, sowie der *Hausöhne*, welche auf Grund eines *jussus* handelten, vom Prätor beigelegt war, verallgemeinert und unter Verwerthung dieses Gesichtspunkts, aus den geltenden Rechtsgrundsätzen eine *actio neg. gestorum* hergeleitet, welche der *actio*

¹⁾ Man vgl. z. B. Mühlenbruch, Cession S. 142. 143. — ²⁾ In den Jahrb. für Dogm. Bd. 26 S. 468 war ich mit Rücksicht auf l. 19 pr. D. de instit. 14, 3 noch anderer Meinung, während ich diese Stelle nach dem Obigen jetzt ganz anders verstehe.

institoria an Wirkung gleichkam, da sie stattfand „*esti pecunia non sit in rem ejus versa*“¹⁾). Papinian hatte aber auch umsomehr Veranlassung gerade in dieser Weise einzugreifen, als er dadurch zu Ergebnissen kam, welche denen der prätorischen Einrichtung weit vorzuziehen waren. Er gelangte um es kurz zu wiederholen dahin, dass der *procurator*, welcher *contemplatione domini* mit einem Dritten contrahirt hatte, nicht in der Haft blieb, dass der Machtgeber sofortige Berechtigung in Ansehung der von dem *procurator* begründeten Rechtsmittel erhielt und dass die Contractschliessung nicht im Namen des Principals erfolgt zu sein brauchte. — Die in l. 31 pr. D. neg. gest. 3, 5 von Papinian gegebene *actio neg. gestorum ad exemplum institoriae actionis*, welche er auch kürzer als *actio quasi institoria* oder *actio ad exemplum institoria* bezeichnet, hätte eigentlich schon längst darauf aufmerksam machen sollen, dass die Sache sich nicht in der Weise verhalten kann, wie man anzunehmen pflegt. Denn wie könnte Papinians *actio neg. gestorum* eine *adjecticische* Klage sein! Aber trotzdem erklärt selbst Mühlenbruch, einer der gründlichsten Kenner und Bearbeiter dieser Rechtsverhältnisse, die *actio neg. gestorum* Papinians für identisch mit der *adjecticischen actio quasi institoria*, womit er aber selbstverständlich nichts beweist. — Die Stellen, in welchen Papinian von der neuen Klage handelt, sind alle aus dem 3. Buch oder doch aus dem 2. und 3. Buche der *Responsen*²⁾). Dass er hier ihren langen Namen nicht immer vollständig wiederholt, ist natürlich und konnte von denen, welche die *Responsen* lasen, nicht missverstanden werden³⁾).

N a c h t r a g.

Die vorstehende Arbeit war schon vollendet, als mir die in den Jahrbüchern für Dogmatik, B. 28, S. 287 ff. mitgetheilte

¹⁾ L. 31 pr. D. neg. gest. 3, 5. Sie beruhte, wie die *institoria*, auf der Vollmacht und darin bestand die Aehnlichkeit dieser Klagen, sowie der Grund, aus welchem Papinian seine neue Klage *actio quasi institoria* oder *ad exemplum institoriae* nennt. — ²⁾ Nach Pernice S. 496 N. 5 stammen sie alle aus dem 3. Buch. — ³⁾ Späterhin ist es freilich stets missverstanden, weil man die *Responsen* nicht ganz vor sich hatte.

Abhandlung von Schlossmann: über die sogenannte *actio neg. gestorum ad exemplum institoriae actionis* bekannt wurde. Gegen die Ausführungen Schlossmanns ist vor allen Dingen einzuwenden, dass denselben ausserordentliche Quellenwidrigkeit zu Grunde liegt, denn 1, l. 30 pr. D. neg. gest. ist nach seiner Behauptung corrupt. Er sagt S. 329: So wie die Stelle lautet, kann sie von Papinian nicht geschrieben sein. Der papinianische Text ist entweder von den Compilatoren interpolirt, oder in Folge eines Abschreibeversehens verändert. Als Beweis führt er an, dass es nach seiner Auffassung der Rechtsgrundsätze eine solche Klage nicht geben kann; 2) die l. 5 § 3 D. n. gest., in der Ulpian mit deutlichen Worten sagt, der procurator eines Anderen habe ein Darlehen erhalten, beseitigt er S. 302, 303 mit der Bemerkung: das Darlehen von dem Ulpian rede, sei in Wirklichkeit ein Mandat. Dabei hat er dann viele Noth mit der Entscheidung Ulpians, dass dem Gläubiger die *a. neg. gestorum* gegen den Machtgeber zustehe. Er nimmt allerlei Voraussetzungen zu Hilfe, von denen die Stelle nichts sagt. 3) Ganz ähnlich verfährt er Note 15 mit Papinians l. 5 § 1 D. quando ex facto tutoris 26, 9. Papinian spricht hier von einem Vormund qui suo nomine mutuum pecuniam accepit und behandelt dabei auch den Fall, dass der creditor ideo contraxit, ut in causam iudicati pecunia transiret. „Auch hier, sagt Schlossmann, erfolgt die Hingabe des Geldes mit einer bestimmten Anweisung; das ist kein mutuum.“ Dass Papinian ausdrücklich sagt: mutuum pecuniam accepit, kümmert Schlossmann nicht. Interessanter wird das noch, wenn man die Entwicklung Papinians hier näher verfolgt. Er sagt nämlich, der Vormund habe Geld geliehen und mit dem Gelde eine Judicatsschuld des Pupillen bezahlt. In diesem Falle habe der Gläubiger gegen den Pupillen keine Klage. Anders verhalte es sich, wenn der Gläubiger bei der Contractschliessung ausgemacht habe, dass das geliehene Geld zur Bezahlung der Judicatsschuld zu verwenden sei. Es ist hier immer von demselben Contract die Rede, welchem im zweiten Fall noch eine Nebenberedung hinzutritt, und doch soll dieser Contract in dem zweiten Fall plötzlich zu einem Mandat geworden sein. Das wird für meine Behauptung der Quellenwidrigkeit wohl schon genügen. Wer in

dieser Weise mit den Quellen umgeht, kann mit Leichtigkeit das ganze corpus iuris auf den Kopf stellen. Ich habe kürzlich noch einige Belegstellen für meine Auffassung gefunden, aber es kann ja natürlich nichts helfen, dass ich sie Schlossmann entgegenhalte. Er würde entweder sagen, dass der Text nicht echt sei, oder doch aus den Stellen das Gegentheil von dem herauslesen, was darin steht.

Was nun Schlossmanns Polemik gegen meine Ansicht betrifft, so bemerke ich zunächst, dass er dieselbe in mancher Hinsicht ganz falsch aufgefasst oder doch dargestellt hat, was besonders dadurch veranlasst ist, dass er den wesentlichsten Punkt ganz übersehen hat. Derselbe besteht darin, dass zur Begründung der Klage Papinians immer die in der Vollmacht zu findende Genehmigung des Machtgebers erforderlich ist. Eine reine Erfindung von ihm aber ist es, dass von mir ein „Seitenblick“ des Dritten verlangt werde. Ich habe diesen Ausdruck nie gebraucht. Da die Ausführungen Schlossmanns trotz ihrer Haltlosigkeit immerhin zu Missverständnissen führen könnten, so bemerke ich über meine Ansicht folgendes. A. giebt dem B. Vollmacht, 1000 Mark für ihn zu leihen. N. erklärt sich bereit, das Geld herzugeben. Aber weil B. und N. einfache Landleute sind, so wissen sie nichts davon, dass es einen Unterschied macht, ob B. in eigenem Namen oder in dem des A. contrahirt. Schlossmann scheint sich die contrahirenden Personen immer etwa so vorzustellen, als könnten sie ein juristisches Examen bestehen. B. contrahirt nun in eigenem Namen, wogegen N. nichts einzuwenden hat, aber da er nicht den B., sondern A. zum Schuldner haben will, so wird auf sein Verlangen ausdrücklich vereinbart, dass die 1000 Mark, welche B. schuldig geworden ist, nicht von B., sondern von A. dem Darlehnsgeber zurückzubezahlen sind. Schlossmann bemerkt S. 296: Wird jemand im Ernst glauben, dass eine Partei auf die Idee verfallen könnte, einen Darlehenscontract zu schliessen, um ihn sofort wieder aufzugeben und dadurch einen Gestionsanspruch zu gewinnen? Diese Frage ergiebt, dass Schlossmann das praktische Leben nicht kennt. Der mitgetheilte Fall zeigt dies und ich habe solchen Fall nicht einmal, sondern zehnmal erlebt. Freilich denkt der Gläubiger nicht

darán, einen Gestionsanspruch zu erwerben, aber er will sein Geld nicht von dem Darlehensempfänger, sondern von dessen Machtgeber wiederfordern. Hat er nun aber gegen diesen eine Klage, obgleich der Bevollmächtigte nicht im Namen des Machtgebers, also nicht als Stellvertreter contrahirt hat? Diese Frage, mit welcher Schlossmann sich nicht befasst, so dass er an dem allerwesentlichsten Punkt dieser ganzen Lehre mit Stillschweigen vorbeigeht, hat mich veranlasst, mich überhaupt mit dieser Lehre zu befassen. Ich fand eine für den Gläubiger vollkommen genügende Rechtshülfe in den Grundsätzen der *negotiorum gestio*. Der Abschluss eines Contracts, zu dem jemand Vollmacht gegeben hat, ist ein Geschäft des Machtgebers und zwar ein im Voraus genehmigtes Geschäft. Wenn ein Dritter sich auf diese Contractschliessung einlässt und zwar lediglich desshalb, weil sie ein Geschäft des Machtgebers ist, wenn er also mit dem *procurator* feststellt, dass *contemplatione domini* contrahirt werde, so handelt er als Gessor des Machtgebers. Man vgl. z. B. l. 46 (45) pr. D. neg. gest.: — — et te eius voluntatis esse, ut eam habere velles, agemus inter nos neg. gestorum. Er kann daher mit a. neg. gestorum seinen Schaden ersetzt verlangen. Dieser besteht in dem ganzen Darlehensbetrage, denn soviel hat er dadurch eingebüsst, dass er den Contract geschlossen, das Geschäft des Machtgebers also besorgt hat mit der, wie in dem mitgetheilten Falle, getroffenen Vereinbarung, dass nicht von dem Bevollmächtigten, sondern von dem Machtgeber Ersatz zu leisten sei. Der Nutzen des Geschäftsherrn ist, wie ich gegen Schlossmann bemerke, auch dann vorhanden, wenn das Geld nach dem Empfange unterschlagen ist, denn ein genehmigtes Geschäft ist desshalb nützlich, weil es genehmigt ist. Die im Voraus oder nachträglich ertheilte Genehmigung entscheidet endgültig darüber, dass das Geschäft das Interesse des Geschäftsherrn berührt ¹⁾.

¹⁾ Man vergleiche über diese Punkte indess auch Kohler, Jahrb. für Dogm. Bd. 25 S. 127, der es viel besser versteht, den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht zu werden, als Schlossmann. Doch scheint auch Kohler zu übersehen, dass ich zur Begründung der Klage Papinians die in der Vollmacht liegende Genehmigung der neg. gestio des Dritten verlange.

Papinian nennt die Klage in diesem Falle: *actio neg. gestorum ad exemplum institoriae*, weil sie wie die eigentliche *institoria* auf der Vollmacht beruht. Er hat damit keine eigenartige *a. neg. gestorum* geben, sondern nur ausdrücken wollen, dass die Klage in diesem Falle dieselbe Wirkung hat, wie die eigentliche *institoria*, weil sie wie die letztere auf der Vollmacht beruht. Dass der *procurator* Vollmacht hatte, als er contrahirte, ist, wie ich noch einmal wiederhole, zur Begründung der von Papinian gegebenen Klage immer nothwendig. Die Klage wäre auch vorhanden, wenn wir die *l. 30 pr. D. neg. gest.* nicht hätten, denn sie folgt aus den Grundsätzen der *neg. gestio*.

Meine Auffassung unterscheidet sich, in Ansehung des praktischen Erfolges, von der herrschenden besonders in folgendem Punkte. Nach der letzteren kann der Dritte nur dann gegen den Machtgeber klagen, wenn der Bevollmächtigte im Namen des Machtgebers contrahirt hat. Nach meiner Ansicht hat er die Klage gegen den Machtgeber auch in dem Fall, wo der Bevollmächtigte in eigenem Namen contrahirt, daneben aber mit dem Dritten vereinbart hat, dass die Verbindlichkeit nicht von ihm, sondern von seinem Machtgeber zu erfüllen sei. Diese Vereinbarung liegt auch dann vor, wenn neben der *Contractschliessung* ausgemacht ist, dass der Gegenstand des Vertrages, z. B. der Betrag, welchen der Bevollmächtigte in eigenem Namen geliehen hat, lediglich für die vollmachtemässen Zwecke des Machtgebers bestimmt sei. Hat ein Vormund oder Bevollmächtigter Geld geliehen und ist dabei von dem Gläubiger ausbedungen, dass der geliehene Betrag zur Bezahlung einer Schuld des Geschäftsherrn zu verwenden sei, so ist damit festgestellt, dass der Betrag lediglich von dem Geschäftsherrn zu erstatten ist. *L. 6 § 1 (l. 5 § 3) D. neg. gest.* und *l. 5 § 1 D. quando ex facto tutoris*. Schlossmann sieht in dieser Auslegung des Parteiwillens Fictionen, weil er es überhaupt nicht versteht, sich in den Gedankengang gewöhnlicher Menschenkinder hineinzufinden. Er selbst würde freilich ganz anders verfahren, denn er würde als Bevollmächtigter im Namen seines Machtgebers contrahiren. Aber es kommt darauf an, wie die Personen verfahren, welche von den rechtlichen Grundsätzen nichts wissen. Auf solche Personen,

welche doch die überwiegende Mehrheit bilden, nimmt Schlossmann keine Rücksicht.

Was nun endlich die Polemik betrifft, welche Schlossmann sonst noch gegen mich führt, so brauche ich ihm darin nicht zu folgen. Wenn man beachtet, dass ich zur Begründung der institorischen *actio neg. gestorum* die Bevollmächtigung des Vertreters voraussetze, so wird man finden, dass alle die theoretischen Abgründe, welche Schlossmann sich ausgedacht hat, in nichts zerfallen. Doch mag um seine Polemik zu kennzeichnen, ein kleiner Punkt erwähnt werden. In l. 30 pr. D. neg. gest. sagt Papinian auch, dass der Gläubiger einen Bürgen angenommen habe und Schlossmann deducirt nun, dass ja der Gläubiger den Bürgen gleich wieder verloren habe, wenn die Darlehensforderung gleich von ihm aufgegeben sei, denn der Bürge sei natürlich für die Darlehensschuld des Mandatars bestellt. Schlossmann hält die Stelle für unecht, aber soweit sie für seine Meinung günstig zu sein scheint, ist sie natürlich echt. Uebrigens ist seine Auffassung in Ansehung des Bürgen falsch. Die Stelle ergiebt, dass der Gläubiger contrahirt hat, mit der Absicht, den Mandanten zum Schuldner zu erhalten (*cujus litteras secutus*). Es ist daher zweifellos, dass der Bürge für die Schuld des Mandanten verlangt und bestellt ist.

Zum Schluss noch folgende Frage. Wenn heute Jemand einem Bevollmächtigten, der in eigenem Namen contrahirt, 1000 M. gegen 4% Zinsen leiht, dabei aber ausmacht, dass der geliehene Betrag zur Bezahlung einer Schuld des Machtgebers zu verwenden sei — ist man dann zu der Annahme berechtigt, dass dem Bevollmächtigten lediglich der Auftrag gegeben sei, die 1000 M. zur Bezahlung der Schuld des Machtgebers zu verwenden und dass also weder ein Darlehensvertrag noch ein Zinsversprechen vorliege? Wenn man dazu nicht berechtigt ist, so hat man ebensowenig das Recht, in den Fällen der l. 5 § 3 D. neg. gest. und l. 5 § 1 D. quando ex facto tutor, den Darlehensvertrag aus dem Grunde zu leugnen, weil daneben eine Vereinbarung über die Verwendung des Geldes getroffen ist. Wenn Schlossmann etwa meint, dass so etwas heute nicht vorkommt, so zeigt er damit wieder, dass er das praktische Leben nicht kennt.

Da Schlossmann sich S. 310 auf das Wort beruft: „an ihren Früchten sollt ihr sie erkennen“, so will ich in Beziehung auf die Früchte seiner Auffassung der Quellen doch noch folgendes Beispiel mittheilen. Der Handlungsbevollmächtigte eines Krämers kauft in eigenem Namen Waaren von einem Grosshändler oder von dessen Reisenden, aber auf Verlangen des Verkäufers wird dabei verabredet, dass die verkauften Waaren in dem Geschäft des Krämers zur Verwendung zu bringen sind. Die Praxis würde in diesem Falle unbedenklich feststellen, dass die Umstände ergeben, es sei nach dem Willen der Contrahenten im Namen des Machtgebers also des Krämers contrahirt. Ich würde mich dafür entscheiden, dass dem Verkäufer die Klage Papinians zu geben sei. Schlossmann würde den Contract ebenso aufzufassen haben wie die l. 6 § 1 (l. 5 § 3) D. neg. gest. Er würde folglich sagen, dass der Verkäufer den Handlungsdieners des Krämers beauftragt habe, die Waaren in dem Geschäfte des Krämers zu verkaufen. Der Grosshändler würde also die Geschäfte des Krämers durch dessen Handlungsdieners besorgen lassen. Seltene Verirrung! Die eben genannte Stelle ist aus dem Grunde nicht selten missverstanden, weil man es für ausgemacht hielt, dass die adjecticische Doppelhaft auf die Contractschliessungen der Procuratoren ausgedehnt sei, während Ulpian in der Stelle so deutlich wie möglich sagt, dass diese Ausdehnung nicht stattgefunden habe. Denn der procurator, welcher unter vertragsmässiger Bezugnahme auf den Machtgeber mit einem Dritten contrahirt hat, kann nach Ulpians ausdrücklichen Worten von dem Dritten nicht verklagt werden (*cum quo contraxi nullam*). Ich werde auf diesen Grundsatz und dessen Folgen noch ausführlich zurückkommen. Bei dieser Gelegenheit werde ich dann auch wohl noch näher auf die Schlossmannschen Irrthümer zurückkommen.

IX.

Die Benennungen der Constitutionensammlungen.

Von

Th. Mommsen.

Ueber die den Sammlungen der Erlasse und Gesetze der römischen Kaiser beigelegten Benennungen haben die Juristen öfter gehandelt; aber es ist dabei nicht alles beachtet worden, was in Betracht zu ziehen war.

Die einzige aus vordiocletianischer Zeit uns bekannte derartige Sammlung, des Papirius Justus *constitutionum libri XX* aus dem Ende des zweiten Jahrhunderts, entfernt sich im Titel nicht von der herkömmlichen Form.

Wohl aber ist dies der Fall mit den gleichartigen unter und nach Diocletian verfassten Sammlungen.

Die älteste unter Diocletian im Jahre 294 veröffentlichte führt in dem davon unter den westgothischen Excerpten erhaltenen Auszug die Ueberschrift *incipit codicis Gregoriani liber (primus)* oder, wo in den Handschriften die Buchtheilung beseitigt ist, *incipit codex Gregorianus*. Die gleiche Bezeichnung *codex Gregorianus* erscheint in dem Erlass, durch welchen Theodosius II. im Jahre 429 die Kaiserverordnungen zusammenzustellen vorschrieb *ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis* (C. Th. 1, 1, 5 und daraus Isidor orig. 5, 1, 9) und im Anschluss an diesen Erlass in den von Justinian im Jahre 528 und 529 über Herstellung einer analogen Sammlung erlassenen Verfügungen.

Die übrigen Citate und die Erwähnungen kennen lediglich die Bezeichnung *Gregorianus* schlechtweg. Die Sinaischolien citiren nach Büchern *τοῦ Greg.* Die um 397 geschriebene sogenannte *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* citirt *Gregorianus libro . . . sub titulo . . .*, als wäre dies der Name des Verfassers, wie es denn sogar einmal (6, 5) darin heisst: *hanc constitutionem Gregorianus titulo de*

nuptiis inseruit. In gleicher Weise wird, wie Huschke (Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 6, 252) nachweist, die Sammlung in den Scholien der vaticanischen Fragmente, die wohl auch noch dem vierten Jahrhundert angehören, ferner bei Augustinus, in der burgundischen *lex Romana*, in der *consultatio veteris iurisconsulti* angeführt; wenn in der letztgenannten wohl erst im 6. Jahrhundert abgefassten Schrift und ebenso in den auf den westgothischen Auszug bezüglichen oder daran anknüpfenden Anführungen es heisst *ex corpore Gregoriani*, so habe ich schon vor langer Zeit (in Böckings vierter Ausgabe des Ulpian S. 118) dies zusammengestellt mit der Ueberschrift unserer Handschrift von Ulpian's *regulae ex corpore Ulpiani* und der bekannten Stelle C. Th. 1, 4, 3: *Scaevola Sabinus Iulianus atque Marcellus in suis corporibus non inveniuntur*; es heisst dies lediglich 'aus dem Bande, der den Ulpian u. s. w. enthält'. Da diese römischen Juristen der germanischen Spätzeit in gleicher Weise citiren *ex corpore Theodosiani*, könnte dies an sich auch gefasst werden als die 'gregorische Sammlung'; aber dass auch sie 'den Juristen Gregorianus' im Sinne haben, sagt ihre Erläuterung zu C. Th. 1, 4, 3 geradezu: *ex his omnibus iuris consultoribus, ex Gregoriano, Hermogeniano, Gaio, Papiniano et Paulo quae necessaria . . . videbantur elegimus.*

Die die oben erwähnte Sammlung ergänzende, ebenfalls wenigstens in der ersten Bearbeitung unter Diocletian veröffentlichte Sammlung wird im Auszug eingeführt mit den Worten *ex corpore Hermogeniani*: die Unterschrift lautet gewöhnlich: *explicit liber Hermogeniani*. Bei den Anführungen wird *Hermogenianus* ebenso gebraucht wie *Gregorianus*. *Codex Hermogenianus* findet sich neben *codex Gregorianus* in den angeführten Verordnungen Theodosius II. und Justinians.

Codex Theodosianus und ebenso *codex Iustinianus* sind, wie dies ausser den Handschriften die Publicationspatente und die daran anknüpfenden Aktenstücke beglaubigen, die von den Kaisern Theodosius II. und Justinian ihren Sammlungen kaiserlicher Erlasse officiell beigelegten Benennungen.

Dieser Sachverhalt ist befremdend sowohl hinsichtlich der Buchtitulatur wie hinsichtlich der damit verknüpften personalen Bezeichnung. Betrachten wir zunächst die letztere.

Die alte Controverse, ob die Person, nach welcher die älteste dieser Sammlungen benannt ist, Gregorius oder Gregorianus hiess, würde bei genügender Kunde der römischen Nomenclatur schwerlich geführt worden sein.

Die Benennung Gregorius gehört, wie die entsprechende lateinische Bildung Vigilius, zu den *signa*, das heisst zu den in der späteren Kaiserzeit aufkommenden und allmählich den alten Eigennamen sich substituierenden Beinamen, als da sind Eusebius, Eugenius, Innocentius, Vincentius und unzählige andere¹⁾; aus ihnen sind die meisten der im Mittelalter und noch heute gangbaren Vornamen hervorgegangen. Dem entsprechend wird Gregorius auf den Inschriften der besseren Kaiserzeit nirgends gefunden, wo aber seit dem dritten Jahrhundert die Benennung auftritt, muss sie entweder²⁾ oder kann mindestens ohne Bedenken³⁾ als *signum* gefasst werden. In den

¹⁾ Vgl. Staatsrecht 3, 211. Wann dieser Gebrauch aufgekommen ist und wann er in die Inschriften eindringt, ist noch nicht genügend untersucht. Eine der ältesten Erwähnungen ist die des Beinamens des Commodus Amazonius (vita 11, 9). Völlig sichere inschriftliche Belege für denselben vor dem dritten Jahrhundert sind mir nicht bekannt; sehr wahrscheinlich indess gehört die gleich zu erwähnende Inschrift von Puteoli eines *M. Ulpus Augusti libertus* einem Freigelassenen Traians. — ²⁾ Auf der Grabschrift des *M. Ulpus Nicephorus Aug. lib.* (Puteoli C. X, 1729) steht *Gregorio* zwischen *d. m.* und dem im Genitiv gesetzten Namen. Auf einer Weihinschrift vom Jahre 224 (Tibur, C. I. L. XIV, 3553) ist der Dedicant *M. Aurelius Aug. lib. Zoticus* nachträglich bezeichnet worden als *Gregorius*. Die lateinische Grabschrift eines angesehenen Municipals aus Belluno (C. V, 2044) *C. Flavius Hostilius Sertorianus* schliesst mit der griechischen Acclamation: *Γρηγόρι χαίρει*. Ebenso steht auf einer puteolanischen (C. X, 2061): *Gregori vibas*. In der römischen eines *M. Αὔρ. Γρηγόριος Μέλας* (C. I. Gr. 6548) erweist der doppelte Beiname das erste als *signum*. — ³⁾ Die Benennung Gregorius finde ich ausser den eben angeführten nur in zwei heidnischen Inschriften: *Astilius Gregorius* der (unsicheren) von Brixia C. V, 4535 und *A[ur. G]regorius* in einer im Jahre 319 in Salonae aufgestellten Liste (C. III, 1968^b). Die beiden von Diocletian an einen Gregorius gerichteten Erlasse (cod. Iust. 1, 22, 1 S. 8, 52, 9) geben den Namen verkürzt. Sicher verkürzt ist uns auch der Name überliefert des Schülers des Origenes, Bischofs des pontischen Neocaesarea um 264; dieser, der sogenannte Thaumaturgos, führt den Reigen der christlichen Gregorii und ohne Zweifel ihm zu Ehren haben später die Bischöfe von Nazianz und von Nyssa und zahlreiche andere hervorragende Geistliche sich diese Benennung beigelegt.

vornehmen Kreisen begegnet uns der Name zuerst bei dem praefectus praetorio von Italien und Africa aus den letzten Jahren Constantins I, den wir nur unter diesem Namen kennen, später bei dem Proculus Gregorius, praefectus praetorio von Gallien unter Gratian¹⁾, wo also die Benennung auch als signum auftritt. — Wenn sonach die Verwendung dieses Namens in dem wahrscheinlich bloss usuell gestalteten Titel einer Compilation diocletianischer Zeit nicht befremdet, so ist dagegen für den Namen Gregorianus mir weder ein epigraphischer noch ein litterarischer Beleg bekannt. Dies ist kein Zufall. Die Derivativa auf *-ianus*, wie sie sonst dem römischen Namenwesen so geläufig sind, wo aus Eutyches und Hermogenes Eutychianus und Hermogenianus hervorgehen, aus Maximus, Maximinus, Maximillus Maximianus, Maximinianus, Maximillianus, werden aus den signa auf *-ius* nicht entwickelt. Wenigstens vermag ich eine derartige gangbare Form²⁾ nicht zu nennen; und wenn auch einzelne Erscheinungen der Art nicht fehlen, da ja auf dem Gebiet der Namenbildung am Ende alles möglich ist, so sind dieselben dem Sprachgefühl wie dem Sprachgebrauch sicher zuwider. Der Gegensatz zwischen *cognomen* und *signum* findet in diesem Bildungsgesetz scharfen Ausdruck.

Damit ist jene Differenz erledigt. *Gregorianus*, wie die Späteren den Sammler nennen, kann er nicht geheissen haben, da eine solche Benennung für die Epoche Diocletians unmöglich ist, wie denn auch *codex Gregoriani* nirgends sich findet. *Codex Gregorianus* kann grammatisch sowohl das Buch des Gregorius wie das Buch des Gregorianus bedeuten; aber nach der gegebenen Ausführung erscheint die erstere Auffassung als allein zulässig.

Die der ältesten dieser Sammlungen nachgebildeten Bezeichnungen der drei späteren *codex Hermogenianus*, *codex Theodosianus*, *codex Iustinianus* sind ihrer Bedeutung nach längst festgestellt. Der Verfasser der ersten heisst bekanntlich Hermogenianus, welches Cognomen selbst als senatorisches

¹⁾ C. XIV, 137; Gregorius bei Symmachus und Ausonius (Seeck, praef. ad. Symm. p. CXXVI). Warum Seeck (daselbst p. CLXXX) das signum *Gregarius* C. VI, 1706 in *Gregorius* umwandelt, weiss ich nicht. —

²⁾ Vereinzelt *Eugenianus* (C. VI, 10201) und *Gaudentianus* (de Vit u. d. W.) weist O. Hirschfeld mir nach.

schon im zweiten Jahrhundert vorkommt¹⁾); die beiden folgenden Sammlungen sind von den Kaisern benannt, die sie veranlasst haben. Bei den Namen auf *-anus* ist das Adjectiv dem Substantiv gleich, wogegen bei den auf *-ius* ausgehenden die Endung *-ianus* eintritt; also sind alle drei grammatisch correct. Aber nicht minder correct kann die zweite Sammlung bezeichnet werden als *codex Hermogeniani*, was sich ja auch findet.

Also liegen uns hier vor das Buch des Gregorius, das Buch des Hermogenianus, das Buch Theodosius II., das Buch Iustinians. Aber wie kommt das Wort *codex* dazu als Titel zu figuriren und als spezifischer Ausdruck verwendet zu werden für eine Sammlung kaiserlicher Erlasse?

Im Anschluss an Birt (das antike Buchwesen S. 104) antwortet Krüger (in dieser Zeitschrift 8, 81) auf diese Frage, dass der aus Pergament gebildete Band zu fassen sei als Gegensatz zur Papyrusrolle, dem volumen, und die officielle Bezeichnung dieser Sammlungen dadurch herbeigeführt worden sein möge: 'für die Form der Herausgabe entschied wohl nicht allein die Haltbarkeit des Pergaments gegenüber dem Papyrus, sondern auch, dass sie Nachschlagewerke waren, deren Benutzung durch die Rollenform wesentlich erschwert worden wäre'. Er scheint also anzunehmen, dass für diese Verordnungsammlungen die Schreibung auf Pergament vorgeschrieben war. Dies wird insoweit richtig sein, dass für diese Sammlungen von Haus aus die Blattform verwendet ward, während damals, als sie aufkamen, für die Litteratur noch die Rolle überwog. Aber abgesehen davon, dass die beiden älteren Sammlungen nicht füglich auf offizielle Veranstaltung zurückgeführt werden können und dass auch die juristischen Schriften ohne Zweifel damals ebenfalls mehr nachgeschlagen als gelesen worden sind, ist die Frage damit nicht erledigt, warum für die Sammlungen der Verordnungen die Blattform gegensätzlich gegen die Rolle zur Anwendung gekommen ist. Vielleicht ist die Lösung darin zu suchen, dass der *codex* zurückgeht auf die *tabulae publicae* und bei diesen im Laufe der Zeit für die Holztafel das Papyrus- oder Pergamentblatt eintrat²⁾. Wenn bei richterlich thätigen Behörden der Ge-

¹⁾ C. X, 4860. 4861. — ²⁾ Vgl. meine Ausführung im Hermes 2, 114 fg. Deutlich zeigt sich dies, wie Birt (das antike Buchwesen S. 96)

brauch aufkam die bei ihnen einlaufenden für die Entscheidung massgebenden kaiserlichen Rescripte aus ihren Protokollen¹⁾ auszuschneiden und also eine eigene Rescriptensammlung zu bilden oder wenn gar, was wenigstens möglich ist, der Gebrauch bestand, die kaiserlichen Erlasse gesondert zu den Acten zu nehmen, so ist es erklärlich, dass diesen die Form der *tabulae publicae* blieb und dass, im Gegensatz zu den wahrscheinlich in dem Local auch vorhandenen auf Papyrusrollen geschriebenen Hilfsbüchern²⁾, die Rescriptensammlung im Gerichtsgebrauch bezeichnet wurde als *codex*. Als dann ein Advocat oder ein Official der diocletianischen Zeit, Namens Gregorius, vielleicht zunächst nur für seinen Privatgebrauch eine nach Titeln geordnete derartige Sammlung anlegte, mag dieser 'Gregorische Band' in gewöhnlicher Buchtheilung in den litterarischen Verkehr übergegangen sein. Eine eigentliche Publication durch den Sammler selbst ist wohl unterblieben, da er in diesem Fall sich schwerlich bloss mit dem in dieser Epoche noch keineswegs vorwiegend³⁾ gewordenen *signum* genannt und auch wohl der Sammlung eine andere Benennung gegeben haben würde als die anscheinend allein an ihr haftende des 'Buches Gregors'. Nachdem einmal *codex* bei diesem zum Buchtitel geworden war und speciell die Sammlung kaiserlicher Erlasse bezeichnete, werden die späteren gleichartigen diese Bezeichnung beibehalten haben.

Mit den Quellen, denen die Redactoren dieser Sammlungen die kaiserlichen Erlasse entnahmen, beschäftigt sich diese Notiz nicht. Indess die Untersuchung Seecks über die Zeitfolge der Gesetze Constantins, deren Veröffentlichung in dieser Zeitschrift (Bd. 10 S. 1 f.) vor kurzem begonnen hat, und insbesondere die Einleitung, welche die im wesentlichen bekannten Fehlerquellen der In- und Subscriptionen

richtig erkannt hat, darin, dass Asconius (in Mil. p. 29) die *tabulae publicae* (vgl. Staatsrecht I², 347 A. 5) bezeichnet als *codices librariorum*.

¹⁾ Ueber diese regesta vgl. Krüger, Römische Rechtsquellen S. 276 A. 105. — ²⁾ In der grösseren Ausgabe der Vat. fr. p. 404 habe ich darauf hingewiesen, dass durch die Vorschrift des Citirgesetzes hinsichtlich der Vorlegung der Handschriften älterer *iuris auctores* die Schriften von Papinian, Paullus und Ulpian vorausgesetzt werden als im Bureau selbst vorhanden. — ³⁾ Man vergleiche die Schriftstellernamen L. Caelius Firmianus Lactantius und Iulius Valerius Alexander Polemius.

sehr ausführlich und sehr emphatisch abhandelt, veranlasst mich zu der Bemerkung, dass das private Element sicher auch bei den Sammlungen Theodosius II. und Justinians eine nicht geringe Rolle gespielt hat. Es ist eine meines Erachtens unzulässige Supposition, dass alle darin enthaltenen mit dem *propositum* versehenen Erlasse aus den Provinzialarchiven entnommen seien und man für die theodosische Sammlung ein buntes 'Gemisch von Büchern, Rollen und einzelnen Blättern aus allen Theilen des Reiches zusammengeschleppt habe'. Im Promulgationspatent derselben heisst es: *longum est memorare, quid in huius consummationem negotii contulerit vigiliis suis Antiochus ex praefecto et consule* und so weiter. Einem jeden der zahlreichen Commissionsmitglieder, welche die beiden betreffenden Verordnungen nennen, muss eine beträchtliche Anzahl derartiger Erlasse zu Handen gewesen sein und die thätigeren von ihnen werden dieses eigene Material so gut genutzt haben wie die Juristen der früheren Kaiserzeit die ihnen zugänglichen kaiserlichen Rescripte. Es ist daher ein völlig aussichtsloses Unternehmen, an den durch solche Zufälligkeiten bedingten Inhalt der Gesetzsammlung weitgehende historische Hypothesen zu knüpfen, die Zustände in Spanien und Aegypten und die mehr oder minder vorgeschrittene Barbarisirung der Provinzen an der Zahl der aus den einzelnen Gebieten mitgetheilten Constitutionen messen zu wollen. Aber es geht eben nirgends ab ohne neue Resultate. Wer unbefangen prüft, was in Betreff der Uebearbeitung der Consulardatirung von mir im Neuen Archiv 14, 233 und jetzt in scheinhafter Polemik von Seeck a. a. O. S. 26 f. ausgeführt ist, wird finden, dass ein Dissensus gar nicht vorhanden ist. 'Dass die Subscriptionen des Theodosischen Codex von den Redactoren überarbeitet worden sind, ist unbestritten und unbestreitbar', heisst es bei mir. Dass diese Uebearbeitung nicht consequent durchgeführt worden, ist ebenso unbestreitbar, da die notorisch das Provisorium an der Stirn tragende und aus aller definitiven Datirung entfernte Formel *et qui fuerit nuntiatus* sich, wie dort ausgeführt ist, von Seeck aber hier verschwiegen wird, an nicht weniger als fünf Stellen erhalten hat. Wozu also der Lärm?

X.

**Inhaber-, Order- und executorische Urkunden
im classischen Alterthum.**

Von

Herrn Geheimerath Professor **L. Goldschmidt**
in Berlin.

Inhaltsübersicht.

| | Seite |
|--|-------|
| Einleitung | 352 |
| 1. Recht der orientalischen Völker | 354 |
| 2. Order-, Inhaber-, Executiv-Clauseln des mittelalterlichen Rechts | 356 |
| 3. Die syngrapha in der Rede des Demosthenes c. Lacritum. Executivclausel | 360 |
| 4. Die Inschrift von Orchomenos, betreffend die Darlehensgeschäfte der Nikareta | 363 |
| 5. Die Amorginischen Anlehensurkunden | 368 |
| 6. Späterer hellenistischer Quellenkreis | 372 |
| 7. Cession im griechischen Recht? | 373 |
| 8. Plautus Curculio; <i>σύνβολον</i> in Plautus' Bacchides und bei Lysias | 380 |
| 9. Clausel eive ad quem ea res pertinebit. Verpflichtung zu Gunsten unbestimmter Gläubiger | 384 |
| 10. Die Orderanweisung: l. 11 D. de novat. | 387 |
| 11. Ueberweisungskette. Scontration. Schluss. | 393 |

Inhaber- und Order-Papiere sowie executorische Urkunden gelten als dem classischen Alterthum unbekannt, hinsichtlich der Wechsel nimmt dies mindestens die herrschende Meinung an.

Lässt sich nun, wie mir scheint, der sichere Nachweis erbringen, dass diese Annahme in allen Theilen ungegründet ist, so bedarf es doch zuvor einer Verständigung über den Umfang des für die entgegenstehende Behauptung zu erbringenden Beweises.

So ist z. B. der heutige Wechselbrief wirthschaftlich wie rechtlich ein von dem mittelalterlichen Wechselbrief sehr verschiedenes Institut. Der letztere, und zwar gleichmässig in den beiden Grundformen des (domicilirten) Eigenwechsels wie der Tratte, ist lediglich urkundliche, wenngleich durch strenges Urkundenrecht gesicherte Zuweisung einer (empfangenen oder allenfalls als empfangen fingirten) Geldsumme nach auswärts; er ist dagegen weder Urkunde über eine abstrakte Geldforderung, noch ist er im Sinne des heutigen Rechts indossabel.

Hat aus dem heutigen vollkommenen Inhaberpapier der Berechtigte ein durchaus selbständiges, durch Einreden aus der Person des ersten Nehmers wie sonstiger Vormänner an sich nicht zerstörbares Recht, so hat es doch viele Jahrhunderte gewährt, ehe diese Selbständigkeit des „Inhaberrechts“, mag sie auch vielleicht schon ursprünglich im Keime vorhanden gewesen sein, zur vollen rechtlichen Anerkennung gelangt ist.

Die Vollentwicklung der „Scripturrechtspapiere“ (nach Brunners Bezeichnung „Papiere öffentlichen Glaubens“) vollzieht sich so in sehr langen Zeiträumen. Die Geschichte dieser Entwicklung ist noch zu schreiben und erfordert genaue Kenntniss des sich allmählich entfaltenden Gewohnheitsrechts wie des theils hemmenden, theils fördernden römisch-canonicalen Privat- und Process-Rechts in seiner mittelalterlichen Ausbildung, nicht minder aber germanischen Urkunden-, Forderungs- und Process-Rechts. Jeder Sachkundige weiss, dass in allen diesen Richtungen noch sehr viel zu thun ist.

Dagegen wird für die Frage, ob bereits das Alterthum die vorhin genannten Institute gekannt hat, der Nachweis genügen, dass vor der germanischen Epoche gleiche Rechtserscheinungen vorhanden sind; wie sie die primitiven Gestaltungen des mittelalterlichen Rechts enthalten. Ja man darf glauben, schon damit die geschichtliche Forschung zu fördern, wenn man nur im classischen Alterthum gleiche Thatbestände von unzweifelhaftem Rechtsgehalt aufweist, sollte es, einstweilen mindestens, noch nicht gelingen, die einzelnen Rechtssätze mit Sicherheit festzustellen, welche sich an diese Thatbestände geknüpft haben. Die hier allein zum

Ziele führende streng inductive Methode kann nicht vorsichtig genug gehandhabt werden.

Von den Wechseln, welche eine besondere Untersuchung erfordern, soll an dieser Stelle abgesehen werden.

Auszuscheiden ist ferner das vielbehandelte Feld der *tesserae* (Marken) der classischen Zeit. Denn wie unzweifelhaft auch der blosse Inhaber (Vorzeiger) der Marken zur Entgegennahme der durch dieselben bezeichneten Leistung legitimirt war¹⁾, so gehören doch alle einschlägigen Einrichtungen dem Gebiet nicht des Privatrechts, sondern des Verwaltungsrechts an²⁾. Es ist weder ersichtlich, dass — mindestens nach römischem Recht — dem Inhaber solcher Marken eine *actio* zustand, noch umgekehrt, dass die an den blossen, vielleicht unberechtigten Vorzeiger erfolgte Leistung mit einem Privatrechtsmittel hätte angefochten werden können.

1.

Aus dem Recht der orientalischen Völker ist gar nichts hinsichtlich der Phönicier und Karthager bekannt. Denn das vielbesprochene karthagische „Ledergeld“ („etwas“ in ein Stück Leder von der Grösse eines Stater eingewickelt)³⁾ war nur Münzzeichen, es lief als Geld an Stelle des Metallgeldes um — dass sich an dessen Innehabung irgend welche Privatrechtsansprüche knüpften, ist unglaublich, nicht einmal ein Einlösungsrecht irgend welcher Art ist bezeugt.

Neuerdings ist behauptet worden, das unzweifelhaft grosse Handelsvolk der Babylonier habe, sicher im 7. oder doch 6. Jahrhundert vor unserer Zeitrechnung, die Orderurkunde gekannt, aber ich vermisze für diese Annahme jeden Nachweis. Denn wenn Revillout, *les obligations en droit Egyptien*, appen-

¹⁾ Die neuesten Untersuchungen über die attischen *σύμβολα* für Theoriken, Ecclesiasten- und Heliasten-Sold (Benndorf u. a.) s. bei Fränkel zu Boeckh, *Die Staatshaushaltung der Athener* 3. Ausg. II not. 411. 430. 431. 439 (S. 64* ff.); über römische *tesserae* (*σύμβολα*) *frumentariae* etc.: Marquardt, *Römische Staatsverwaltung* II S. 122 not. 3, S. 124 not. 8, S. 125 not. 5, S. 126. III S. 476 not. 2. 3 S. 515 (538?). — ²⁾ Pernice in dieser Zeitschr. N. F. V S. 99 f. 103 ff. 110. — ³⁾ Aechines *Eryxias* 17 p. 399 E — 400 A (Steph.) Aristid. *πρὸς Πλάτωνα ἐπὶ τὰ τετάρων* XLVI (II p. 195 Dind.).

dice: sur le droit de la Chaldée (1886) p. 467 behauptet, der „*hudu*“ (?) des Bankiers sei eine Art auf Sicht lautendes „*billet à ordre*“, so erhellt dies mindestens nicht aus den beigebrachten Urkunden. Ebenso wenig ist ersichtlich, mit welchem Grunde die zum Theil unleserlichen Urkunden aus den Jahren 536 und 524, auch wenn sie richtig gelesen und übersetzt sind, von Oppert et Ménant, *documents juridiques de l'Assyrie et de la Chaldée* (1877) p. 266. 268 als „*billets à ordre*“ bezeichnet werden — oder soll, wie das bei französischen Juristen mitunter begegnet, dieser Ausdruck nicht technisch, sondern für ein freibegebbares Papier überhaupt verstanden sein? Wenn endlich Lenormant, *histoire ancienne de l'Orient* 9. ed. (1887) V. p. 117 in dem complicirten Creditgeschäft vom Jahre 553, welches vielleicht einen Wechsel (*sipartu* (?) = Sendebrief) enthält, daraus, dass neben dem benannten Gläubiger ein Präsentant nicht benannt ist, folgert, dass jeder Inhaber des Thontäfelchens legitimirt sein solle, so ist dieser Schluss augenscheinlich ungerechtfertigt. Immerhin erscheint ja die Möglichkeit eines derartigen Sachverhalts und der durch das so umfangreiche noch unedirte Urkundenmaterial zu erbringende Nachweis wirklicher Order- und Inhaber-Urkunden in babylonischer Zeit keineswegs ausgeschlossen¹⁾.

Wenn ferner Kuntze, *Inhaberpapiere* S. 47 ff. die Vermuthung aufstellt, es könnten die hellenischen *syngraphae* unter dem Einfluss des späteren (im babylonischen Talmud 4. Jahrh. n. Chr. fixirten) jüdischen Rechts allmählich den Charakter (moderner) *Scripturoblicationen* angenommen haben, so wird nunmehr, wenn sich die „*Scripturoblication*“ schon im vortalmudischen Recht der Hellenen erweisen lässt, wohl die umgekehrte Annahme gerechtfertigt erscheinen. Die einzige Erwähnung nämlich von Urkunden, welche rechtlich als Inhaberpapiere behandelt wurden (*Tractat baba batra* 172 a. b) knüpft an die Namen zweier erst im 3. und 4. Jahrhundert n. Chr. lebenden Rechtslehrer (R. Hana und Rabbah) an²⁾. Uebrigens

¹⁾ Die von Volz gegen Hypothesen Rawlinsons aufgestellten allgemeinen Bedenken — s. Kuntze, *Die Lehre von den Inhaberpapieren* S. 36 — sind keineswegs überzeugend. — ²⁾ S. die Stelle ausführlich bei L. Auerbach, *Das jüdische Obligationenrecht* Bd. I (1870) S. 246 ff. 270 ff.

enthält der Talmud (Tractat Gittin 13^b) sicher auch die Orderclausel¹⁾: „Ich verpflichte mich Dir und jedem, der durch Dich fordert“. Die Weiterentwicklung des talmudischen Rechts interessirt hier nicht.

2.

Behufs Gewinnung eines sicheren Vergleichspunktes soll paradigmatisch von den ältesten bisher bekannten Order- und Inhaber- sowie Executiv-Urkunden bezw. Formeln ausgegangen werden.

1. Orderclausel.

— Quod si non fecero — pro duplum — me aut heredis meos aut heredes vestri „aut cui hanc cautionem dederitis exigendam“ teneatis obnoxii (Marculfi form. II. 25 [Zeumer p. 92]).

— rem vestra redere debiam et cautionem meam recipere facias aut tibi „aut cui cautionem ista dederis ad exigendum“ (Form. Andecav. 22 [Zeumer p. 11]).

— aut vobis „aut cui cautione ista dederis ad exagenda“ (eod. 38 [Zeumer p. 17]).

— aut vobis „aut cui cautionem istas dederis ad exagenda“ (eod. 60 [Zeumer p. 25]).

Zugleich mit Executivclausel:

— Qui (l. Quod) si minime fecero et diem huius meae cautionis excessero, iuratus dico per hoc et illud, quia „liceat tibi cautionem meam cui tu ipse volueris tradere et adibito (adhibito? a debito? ad libito?) mihi executere (executare?) supradicta pecunia una cum beneficio suo duplicata cogar exsolvere“ (Form. Visigoth. 38 [Zeumer p. 591]).

Urkunden:

760. — si quis de heredibus vel consortes meos contra suprascripta S . . . vel contra illo homine „cui ipsa hanc pagina ad exigendo dederet“ causare — presupserit — (Memorie di Lucca⁵V 2 Nr. 65).

882. — ubi ego bel meos heredes bobis „bel cui tu isto cautu in manum emiseritis“ reddederimus sol. 4 — (Cod. Cav. I Nr. 91) u. v. a.

In der später üblichen Orderform:

¹⁾ Von Auerbach S. 282 ff. nicht verstanden.

Bedingter Eigenwechsel:

1160. — Nos bonus iohannes tineas et adalasia jugales accepimus a te wilielmo burone libras 10 den. ianuens., quas „tibi vel tuo misso“ per nos vel nostrum missum dabimus per totam istam estatem. si non, in scicilia dabimus „nuncio tuo ionathe cerriolo aut ei quem mihi ordinaveris“ uncias auri 6. (Monum. hist. patr. Chart. II Nr. 882 col. 650).

Die üblichen Clauseln fasst präzise zusammen z. B. die Urkunde vom 16. August 1156 (eod. Nr. 335 col. 343): — de quibus promitto reddere tibi „vel tuo certo misso“ — libr. 40 usque proximas kalendas augusti. quod si non fecero, penam dupli tibi stipulanti promitto. pro sorte et pena bona pignori tibi subiicio. „intres et extimare facias tua auctoritate et sine consulum iussu et facias quicquid volueris“¹⁾).

2. Inhaberclausel.**a) alternative bzw. conjunctive:**

Mit Stellvertretungsvermerk (wohl richtiger als Orderclausel zu bezeichnen):

z. B. Urkunde 821 — obligavit se nobis „vel cui istum breve in manu paruerit in vice nostra“ — (Cod. Cav. I Nr. 11).

964 — componere obligabimus — tibi nominati Iohanni „vel cui anc cartulam vice nostra in manu paruerit“ — (Cod. Cav. II Nr. 225).

Ohne Stellvertretungsvermerk:

850 — in tua qui supra Periteo presb. „vel de illum homine, qui hunc meum iudicatum pre manibus abuerit ad exi[ge]ndum et dispensandum“ — (Memorie di Lucca IV. 2. App. Nr. 46).

928. — componere ipsorum Grimperti et Ioccardi et

¹⁾ Noch ausführlicher lautet die Executivclausel, in der auch die Clausel „tibi vel tuo certo misso“ enthaltenden Urkunde vom 8. Juni 1156 (eod. Nr. 316 col. 332): unde pro sorte et pena bona quae habemus et habituri sumus tibi pignori subicimus tali pacto, quod si ut superius continetur, non observaverimus, exinde liceat tibi intrare in bonis nostris que volueris in solutum pro sorte et pena tua auctoritate et sine consulum iussu et facias inde quicquid volueris sine omni nostra nostrorumque heredum contradictione et omnium personarum pro nobis.

ad eorum eredes „seu cui hunc scriptum in manum paruerit“ 50 auri sol. (Cod. Cav. I Nr. 148).

974. — componere obligaverunt se suisque heredibus, mihi „vel cui hunc brebem in manu paruerit“ 30 auri sol. In der gleichen Urkunde findet sich alternative Combination der Orderclausel und der Inhaberclausel: ille homo „cui per me dispositum fuerit vel cui hunc brebem in manu paruerit“ — (Cod. Cav. II Nr. 276). Desgleichen:

993. — obligaverunt se et suis credibus mihi „et cui vel ubi per me dati paruerit“ et ad nostris credibus „et cui carta ipsa in manum paruerit“ 100 auri sol. (Cod. Cav. III Nr. 463).

Hier mag noch der merkwürdige genuesische Eigenwechsel mit Kursberechnung vom 18. September 1162 (Chart. II Nr. 1183 col. 809) genannt werden, wo es heisst:

solvemus infra mensem postquam sciciliam pervenerimus, uncias auri $31\frac{1}{3}$ „nuncio tuo vel nomine mathei vel manfredi de portinco vel tuo certo nuncio, ei scilicet quod cartulam sarracenicam quam tibi relinquimus, nobis aut uni nostrum exhibuerit“.

b) Reine Inhaberclausel.

Urk. 968. — siant obligatos — componere homini illi „cui scriptum in manu paruerit“ 50 sol. — (Cod. Cav. II Nr. 257).

997. Verbindung der Order- und Inhaberclausel: — obligaverad se et suis heredibus ut — darent ipsi filii mei „ad ille omo cui per me dispositum fuerit — 9 auri tari —; et si ipsi filii mei — taliter „ad ille omo cui per me dispositum fuerit et cui scriptum iste in manum paruerit“ pro mea parte non adimplever[en]t, componere obligaverunt se et suis credibus „ad ille omo cui scriptum iste in manum paruerit“ 10 auri sol. (Cod. Cav. III Nr. 514).

Hinsichtlich der Executivclausel mag noch, statt aller, auf das Formular bei Rolandinus, aurora ¹⁾ gewiesen werden:

— possint ex pacto ipsos debitores et quemlibet eorum in solidum ad solutionem dicti debiti faciendam in dicto termino et ad omnia et singula in hoc contractu contenta effica-

¹⁾ Briegleb, Ueber executorische Urkunden II S. 61 ff.

citer observanda realiter et personaliter convenire. Ferner: ita, quod a termino in antea, si tunc solutio facta non fuerit, liceat ex pacto ipsis creditoribus et cuicunque ipsorum propria auctoritate sine curiae proclamatione aut aliqua denunciatione vel aliquo praeiudicio dictorum bonorum — ingredi possessionem etc. Desgleichen Durantis, speculum¹⁾. — —

An diese primitiven Formeln soll gehalten werden, was aus dem classischen Alterthum auf uns gelangt ist. Jedoch bedarf es noch einer ergänzenden Vorbemerkung.

Neben den vollkommenen Inhaberpapieren des heutigen Rechts giebt es unvollkommene, nämlich solche, welche zum Empfange der Leistung nicht in dem Sinne legitimiren, dass der Rechtsausweis (die Legitimation) gegenüber dem Aussteller (Schuldner) erübrigt, sondern nur in dem Sinne, dass der Aussteller (Schuldner) sich durch Zahlung an den Inhaber befreit; sie sind an den Inhaber gültig zahlbar, aber nicht von dem Inhaber als solchem exigibel, sofern der Aussteller (weiteren) Rechtsausweis verlangt. Sie kommen vor als Papiere mit der reinen oder mit der alternativen Inhaberclausel (von Brunner genannt „hinkende Inhaberpapiere“) und als schlichte Namenpapiere, welche gleichwohl an den blossen Inhaber gezahlt werden dürfen (von Brunner „hinkende Namenpapiere“ genannt). Beide Classen der unvollkommenen Inhaberpapiere sind artenreicher, als angenommen zu werden pflegt. — Der gleiche Gegensatz begegnet bei den Orderpapieren.

Finden sich nun im classischen Alterthum Urkunden, welche nach ihrer Form als Inhaber- oder als Order-Papiere erscheinen, so ist damit allein noch nicht entschieden, ob sie der Classe der vollkommenen oder der unvollkommenen („hinkenden“) angehören, und es wird häufig, in Ermangelung anderweitigen Anhalts, sich diese wichtige Frage gar nicht oder nur mit annähernder Gewissheit entscheiden lassen. Für den hellenistischen Quellenkreis scheint mir das vollkommene Order-

¹⁾ Briegleb, eod. II S. 77 ff. Der Zusammenhang der Executivclausel mit dem Langobardischen Volksrecht — s. Wach, Der italienische Arrestprocess I, S. 16 ff., 54 ff. und dort auch die Urkunden von 796. 819, vgl. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte S. 366 — ist hier nicht zu verfolgen.

und Inhaber-Papier sicher zu sein; für den römischen wird sich zwar das vollkommene Order-Papier, wenn auch nur in Gestalt der Order-Anweisung, nicht bezweifeln lassen, dagegen begegnet von den Inhaberpapieren, soviel ich sehe, nur das unvollkommene, und auch dessen römische Herkunft bezw. Verwendung ist keineswegs sicher.

3.

Die vielbesprochene Seedarlehnsurkunde (*συγγραφή*) in der etwa 341 verfassten angeblich Demosthenischen Rede c. Lacritum (XXXV) 10—13 von zweifelhafter Echtheit¹⁾ enthält die Hypothecirung der zu ladenden 3000 Amphoren Wein mit der Clausel, dass diese Ladung von jeder anderen Schuld frei sei und nicht für ein anderes Darlehen verpfändet werden dürfe. Demnächst heisst es: Nach glücklicher Rückkehr (in den Piraeus) soll das Pfand unberührt zur Verfügung der Gläubiger bis zu deren voller Befriedigung bleiben. Weiter:

ἐὰν δὲ μὴ ἀποδώσιν ἐν τῷ συγκειμένῳ χρόνῳ, τὰ ὑποκείμενα τοῖς δανείσασιν ἐξέστω ὑποθεῖναι καὶ ἀποδόσθαι τῆς ὑπαρχούσης τιμῆς. καὶ ἐάν τι ἐλλείπη τοῦ ἀργυρίου ὃ δεῖ γενέσθαι τοῖς δανείσασιν κατὰ τὴν συγγραφήν, κατὰ Ἀρτέμωρος καὶ Ἀπολλοδώρου ἔστω ἡ προᾶξις τοῖς δανείσασιν καὶ ἐκ τῶν τούτων ἀπάντων, καὶ ἐγγύων καὶ ναυτικῶν, πανταχοῦ ὅπου ᾖ ὥσι, καθάπερ δίκην ὠφληκότων καὶ ὑπερημέρων ὄντων, καὶ ἐνὶ ἑκατέρῳ τῶν δανεισάντων καὶ ἀμφοτέροις.

Wenn nach Verfall der Seedarlehnsschuld, d. h. innerhalb 20 Tagen nach der Rückkehr, die Schuldner nicht zahlen, so dürfen die Gläubiger sich in den Besitz der Pfandobjecte setzen und dieselben zum Preise, welchen sie erzielen, ver-

¹⁾ S. über die alte Streitfrage jetzt einerseits C. Wachsmuth, Rhein. Museum f. Philol. N. F. 40 S. 301 ff., andererseits Christ, Abh. der Bayr. Akad. Phil. Kl. XVI Abth. III (1882) S. 261 ff. und Thalheim, Hermes XXIII S. 333 ff. und Lipsius zu Meier und Schömann, Der Attische Process S. 679 not. 542. Ueber die kritischen und sprachlichen Gründe gegen die Echtheit erlaube ich mir kein Urtheil (ist das Fehlen der Urkunden in der Attikusaussage ein sicherer Beweis späterer Erdichtung?), sachliche Bedenken bestehen m. E. gegen die Echtheit nicht.

kaufen. Bleibt danach noch ein Schuldrest, so dürfen die Darlehensgläubiger gegen die Schuldner (Artemon und Appollodor) Execution vollstrecken auf all deren Gut, Landgut und Seegut, aller Orten, wo sich solches befindet, gleich als wäre gegen sie ein verurtheilendes Erkenntniss ergangen und sie befänden sich in Zahlungsverzug, und es soll dieses Recht sowohl jedem einzelnen der Gläubiger wie beiden zustehen (active Solidarität). Den Schluss bildet die Clausel:

κυριώτερον δὲ περὶ τούτων ἄλλων μηδὲν εἶναι τῆς συγγραφῆς —

was § 39 noch ausführlicher dahin wiedergegeben wird:

ἡ μὲν γὰρ συγγραφὴ οὐδὲν κυριώτερον ἔῃ εἶναι τῶν ἐγγεγραμμένων, οὐδὲ προσφέρειν οὔτε νόμον οὔτε ψήφισμα οὔτ' ἄλλ' οὐδ' ὅτιοῦν πρὸς τὴν συγγραφὴν.

Mag nun auch die vorliegende Urkunde von den späteren Grammatikern nach anderen Mustern fabricirt sein, so unterliegt es doch, nach dem sonstigen Inhalt der Rede, keinem Zweifel, dass die in der Urkunde erwähnten Vereinbarungen wirklich getroffen worden sind; s. z. B. 21. 24. 37. 38. 39. Nicht erwähnt wird in der Rede freilich die ausbedungene „*πρᾶξις*“, aber zu dieser ist es im concreten Falle, da die Schuldner theils die zugesagten Pfandobjecte gar nicht geladen, theils den Gläubigern zu entziehen verstanden hatten, gar nicht gekommen.

Dass in Demosthenischer Zeit im Seedarlehnsgeschäft, dem wichtigsten Speculationsgeschäft des Alterthums, die betreffenden Vereinbarungen und Vertragsclauseln üblich waren, erweisen:

Demosthenes c. Apaturios (XXXIII) 6:

οἱ χρήσται κατήπειγον αὐτὸν ἀπαιτοῦντες καὶ ἐνεβάτεινον εἰς τὴν ναῦν, εἰληφότες τῇ ὑπερημερίᾳ,

insbesondere aber Demosth. in Dionysodor. (LVI):

38: *εἰὰν δὲ μὴ παράσχῃσι τὰ ὑποκείμενα ἐμφανῇ καὶ ἀνέπαφα, ἢ ποιήσωσί τι παρὰ τὴν συγγραφὴν, ἀποδιδώσωσαν διπλάσια τὰ χρήματα (poena dupli),*

vgl. 39 ff.:

45: *ἡ δὲ συγγραφὴ κελεύει, εἰὰν μὴ παρέχῃσιν ἐμφανῇ τὴν ναῦν, ἀποτίνειν αὐτοὺς διπλάσια τὰ χρήματα,*

τὴν δὲ προᾶξιν εἶναι καὶ ἐξ ἑνὸς καὶ ἐξ ἀμφοῖν
(passive Solidarität).

Allerdings dafür findet sich m. W. aus älterer Zeit kein Beleg, dass die προᾶξις, wie laut συγγραφή der Rede in Lacritum, nach ausdrücklicher Vereinbarung über das Pfand hinaus auf alle Güter des Schuldners erstreckt wird; immerhin sind derartige, wenn auch sehr beschwerende Vereinbarungen für spätere Zeit unzweifelhaft bezeugt, und können auch in Demosthenischer Zeit vorgekommen sein.

Zur Erläuterung der bisher anscheinend nirgends eingehend erörterten Lehre von der προᾶξις¹⁾ mag bemerkt werden:

Bekanntlich steht nach attischem Recht aus verurtheilenden Erkenntnissen die Execution dem obsiegenden Kläger selbst, ohne staatliche Intervention zu, sofern nicht öffentliche Interessen betheiligt sind. Sie vollzieht sich durch Pfändung des ὑπερήμερος (der „Uebertägige“), soweit nicht ein Anderes unter den Parteien vereinbart wurde. Widersetzte sich der Verurtheilte der Execution, so riskirte er die δίκη ἐξούλης (Besitzstörungsklage), welche im Falle der Verurtheilung ausser Judicatssumme und Schadensersatz eine der Judicatssumme gleichkommende Busse an den Staat nach sich zog²⁾.

¹⁾ Es ist bezeichnend, dass sogar das technische Wort in den Sachregistern von Hermann, Thalheim, Meier und Schömann (Lipsius) gar nicht erwähnt wird. Böckh, Staatshaushalt, hat προᾶττειν, εἰσπροᾶττειν nur in der allgemeinen Bedeutung von einziehen, eincassiren (II³, S. 70. 73). Gneist, Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts erwähnt die Clausel in seiner ausführlichen Beschreibung der griechischen Urkunden nicht und lässt sie sogar bei wörtlicher Wiedergabe einzelner Urkunden, in welchen sie steht (S. 477. 460), weg. Büchschütz, Besitz und Erwerb im griechischen Alterthum spricht S. 489 nur ganz allgemein von „in Anspruch nehmen“. Zuerst hat wohl Perrot, 1874, nach dem Citat bei Dareste, auf die technische Bedeutung von προᾶξις hingewiesen, demnächst Dareste, les plaidoyers civils de Demosthène, Paris 1875, I p. 333 not. 13 („exécution parée, que nous trouvons en droit romain sous la forme de la manus injectio“?), vgl. Dareste, bulletin de corr. hellen. VIII (1884) p. 362 ff. und Revillout, les obligations en droit Egyptien (1886) p. 73. 204. 222 — sämmtlich ohne nähere Ausführung. —
²⁾ Meier und Schömann, Der attische Process. Neu bearbeitet von Lipsius S. 962 ff. 665 ff. Thalheim, Griech. Rechtsalterthümer S. 114 ff.

Diese Privatexecution, ein selbstthätiges Einziehen¹⁾, wird bereits von Demosthenes als *εἰσπράττειν*, *εἴσπραξις* und dergl. bezeichnet²⁾.

An die Hypothekbestellung knüpfte nun das Gesetz die Befugniss des Gläubigers, sich im Verzugsfalle in gleicher Weise in den Besitz des Pfandobjects zu setzen, als ob gegen den Verpfänder ein verurtheilendes Erkenntniss ergangen wäre³⁾.

Selbstverständlich konnte, was das Gesetz (vielleicht infolge üblicher Vereinbarung) festsetzte, auch durch Vereinbarung für den Fall der Hypothekenbestellung bestimmt werden, und es wäre nur ein weiterer Schritt gewesen, dass solche Vereinbarung auch über den Fall der Hypothecirung hinaus für wirksam erachtet wurde. Diese Vereinbarung scheint nun in späterer Zeit sehr allgemein gewesen zu sein; die Executivclausel begegnet so häufig, dass der Anschein entsteht, sie habe die Regel des hellenistischen Schuldrechts gebildet.

Auf dieses hat insbesondere eine erst in neuester Zeit aufgefundene Doppelreihe von Urkunden ein ungeahntes Licht geworfen.

4.

Eine wahrscheinlich aus der Zeit zwischen 223—192 v. Chr. stammende, 1879 in Orchemenos gefundene, 7 zusammen-

¹⁾ S. z. B. Demosthenes pro Phormione (XXXVI) 6. — ²⁾ S. z. B. Demosth. contra Euergos und Mnesibulos (XLVII) 19. 21. 25. 30. 33. 40. 41 und öfters. Lex Seg. 311: *εἰσπράττειν ὑπερημέρους*. —

³⁾ Demosth. c. Apaturios (XXXIII) 6: *οἱ χρήσται κατήπειγον αὐτὸν ἀπαιτοῦντες καὶ ἐνεβάτευον εἰς τὴν ναῦν εἰληφότες τῇ ὑπερημερίᾳ*. Demosth. c. Spoudias (XLI) 7: *τὸν νόμον, ὃς οὐκ ἔῃ διαρρήδην, ὅσα τις ἀπειτήσῃ εἶναι δίκας, οὐτ' αὐτοῖς οὔτε τοῖς κληρονόμοις*, vgl. 10; Bekker, Anekdot. 249, 18: *ἐμβατεῖα τὸ τὸν δανειστὴν ἐμβατεῦσαι καὶ εἰσελθεῖν εἰς τὰ κτήματα τοῦ ὑποχρέου*. Ueber die *δίκη ἐξούλης* in diesem Falle s. Meier und Schömann (Lipsius) S. 667, Thalheim S. 90 not. 1. Das ephesische Gesetz (etwa 83 v. Chr.) bei Dittenberger, *syll. inscr. Graec.* 344, auch Thalheim a. a. O. S. 134 ff., Z. 7 ff. hat: *ἐμβαντες εἰς κτήματα κατὰ πράξεις ἔχουσιν τὰ κτήματα καὶ νέμονται, εἶναι [αὐτοῖς] κυρίας τὰς ἐμβάσεις, εἰ μὴ τι ἄλλο ἔχοντες πρὸς αὐτοὺς ὡμολογήκασιν*. Thalheim S. 147 übersetzt das *κατὰ πράξεις* mit „auf Grund von Verträgen“ — sollten nicht die Executivacte darunter verstanden sein?

gehörige Urkunden enthaltende Inschrift ¹⁾ stellt die sehr merkwürdigen Schuldverhältnisse zwischen der Stadt Orchomenos in Boeotien und der Gläubigerin Nikareta aus Thespieae dar.

Nikareta hatte auf die jener Zeit stark verschuldete Stadt Orchomenos 4 (oder 5) durch Schuldverschreibungen — im böotischen Dialekt *σούγγραγον* genannt — verbriefte Forderungen, deren Gesamtbetrag, anscheinend mit inzwischen verfallenen Zinsen, sich auf 18,883 Drachmen belief. Diese fälligen Forderungen, über welche Verzugsurkunden (*ὑπερα[η]μερίαι*) behufs Liquidstellung und Exequirbarkeit aufgenommen waren, liess Nikareta vor den Thetmophylakes ²⁾ von Thespieae registriren, einigte sich aber mit der Stadt Orchomenos dahin, dass der Schuldbetrag ohne weitere Zinsen, innerhalb etwa 4 Monaten, und zwar 3 Tage vor dem Feste der Pamboiotia, zurückgezahlt werden solle, bei Vermeidung der üblichen Conventionalstrafe des duplum, wogegen andererseits auf Annahmeverzug der Nikareta sehr schwere Nachtheile gesetzt wurden. Das Original dieses vor 7 Zeugen aufgenommenen, in die Form eines Darlehenschuldscheins eingekleideten novirenden Vertrags (*σούγγραγον*), in welchem als Schuldner eine Anzahl hervorragender (Polemarchen u. s. f.) Orchomenier, als Bürgen 10 angesehene Männer der gleichen Stadt erscheinen, wird bei einem der Zeugen deponirt.

Die Rückzahlung wird, anscheinend auf Andrängen der

¹⁾ Zuerst veröffentlicht, übersetzt und erläutert von Foucart, bulletin de correspondance hellénique III (1879) p. 459 ff. IV (1880) p. 1 ff. 535 ff. Vgl. dazu insbes. Latischew, Mittheilungen des Deutschen archäologischen Instituts in Athen Bd. VII (1882) S. 30 ff.; weitere Litteratur und berichtigten Text bei Cauer, delectus inscriptionum Nr. 295. Aus den Erörterungen dazu sind zu nennen: Dareste, bulletin de corr. hell. VIII (1884) p. 371 ff.; Szanto, Wiener Studien (Zeitschr. f. class. Philol.) Bd. VII (1885) S. 232 ff. VIII (1886) S. 1 ff., C. Wachsmuth, Rhein. Mus. f. Phil. N. F. Bd. 40 (1887) S. 283 ff. —

²⁾ Beamte, welche ein Verzeichniss der nicht bezahlten fälligen Schulden hielten. Sie kommen anscheinend nur in Bōotien vor: Gilbert, Hdb. der griech. Staatsalterthümer II S. 52 ff., sind aber augenscheinlich verwandt dem ägyptischen *συνγραφοφύλαξ* bzw. *συνθηκοφύλαξ* der Ptolemäerzeit: Gneist, Die formellen Verträge S. 454 ff. Lumbroso, économie politique de l'Egypte p. 263. Ueber *χρεωφύλαξιον* s. Boekh, Staatshaushalt I³ S. 596 und Hermann-Blümner, Gr. Privatalterthümer S. 461 not. 1 a. E.

Nikareta, schon vor der Verfallzeit kraft Beschlusses der Stadt Orchomenos bewerkstelligt und zwar in Thespieae durch eine Bankoperation, indem der Kämmerer (*ταμίας*) von Orchomenos, Namens Polioukritos, mit einem der 3 Polemarchen (obersten Magistrate) von Orchomenos bei dem Bankier Pistokles in Thespieae die Summe auf Nikareta übertragen liess. Ob nicht allein Nikareta, sondern auch die Stadt Orchomenos bei Pistokles ein Conto hatte, ob also die Zahlung durch blosse Ab- und Zuschreibung geschah, oder ob der Kämmerer von Orchomenos den Betrag bei Pistokles für diesen Zweck baar eingezahlt hat, erhellt nicht. Der hierüber lautende, gleichfalls auf Stein gegrabene, wohl einzige aus dem Alterthum erhaltene Vermerk ¹⁾ lautet:

Διαγραφά Νικαρέτη διὰ τραπέδδας τᾶς Πιστοκλείου ἐν Θεσπιῆς. — ἐπὶ τὰς Πιστοκλείου τραπέδδας Νικαρέτη παρεγράφη παρ Πολιουκρίτου — Ἐρχομενίου ταμίαο οὐπεραμειρίας — ἀργυρίου δραχμῇ 18, 833²⁾:

Umschreibung für Nikareta mittelst der Bank des Pistokles in Thespieae. Am . . . hat bei der Bank des Pistokles der Kämmerer von Orchomenos, Polioukritos, der Nikareta zuschreiben lassen die für die verfallene und liquide Schuld (*οὐπεραμειρία*) vereinbarte Summe von 18,833 Drachmen Silber.

Demnächst wird im Register der Thetmophylakes zu Thespieae die Schuld gelöscht ³⁾ und dieser Löschungsvermerk von den Polemarchen der Stadt O. als Beleg für die Tilgung der Schuld der Stadtgemeinde O. vorgelegt. Diese beschliesst,

¹⁾ Ueber die Anweisungen zur Auszahlung im Bankverkehr s. Demosth. c. Kalippum (LII) 3—7. 18, 19; c. Timotheum (XLIX) 5. 30. 59. 65. Polybius XXXII 13. Vgl. auch Büchschütz, Erwerb und Besitz S. 504 Not. 5. Dareste, les plaidoyers civils de Demosthène I p. XXXVIII. Im Sprachgebrauch der Ptolemäer ist *διαγραφή* eine öffentliche Urkunde über Eigenthumserwerb (Peyron, papyri greci. Taurini 1826/7. I p. 144 ff. II p. 21 ff.). — ²⁾ In dem Beschluss der Stadtgemeinde O. heist es, dass er auf Stein gegraben werden solle, auch: *τὰν διαγραφὰν τῶν χρημάτων ὧν [παρ]έγραψαν αὐτὴ διὰ τραπέδδας*. — ³⁾ Der Vermerk lautet: . . . *τὸ σου[ν]άλλα[γ]μα διαγράψῃ τὰς οὐπερ[αμ]ειρίας τὰς Νικαρήτας ἐν Θεσπιῆς τὰς καὶ τὰς πόλιος* — *Τῶν τεθμοφυλάκων γραμματεὺς Σα . . .*

indem sie ihren Beamten Decharge erteilt, die einzelnen einschlägigen Actenstücke in Stein hauen zu lassen.

Die einzelnen älteren Schuldurkunden von O. gegen N. sind nur ihrem wesentlichen Inhalt nach, vermuthlich so, wie sie bei dem Thetmophylakes registriert waren, in der Inschrift enthalten; jede einzelne ist als *συνάλλαγμα* bezeichnet. Auffallend ist, ausser gewissen Dunkelheiten¹⁾ der böotische Ausdruck *ππτάμαθα*, wahrscheinlich *κτῆματα*, d. h. Capital (Cauer). Weshalb Foucart den Ausdruck *συνάλλαγμα* mit „billet à ordre“ übersetzt, ist nicht ersichtlich, in den Einzelurkunden findet sich keine Spur der Orderclausel.

Praktisch handelte es sich nur noch um die novirende²⁾ Gesamtschuldurkunde. In dem Volksbeschluss von O., kraft dessen diese Gesamtschuldurkunde aufgenommen ist, heisst es:

Σούγγραφον δὲ γραψάσθῃ τῷ ἀγγυρίῳ τῶς — πολεμάρχως Ἐρχομενίων κὴ ἐγγούως ὥς καὶ δοκιμάσθῃ Νικαρέτα, καὶ θέσθῃ μέσεγγυον παρὰ Φιφιάδαν Τιμοκλείτος Θεσπιεΐα:

eine syngraphe soll geschrieben werden über das Geld durch die Polemarchen von O. und die Bürgen, welche N. genehmigen wird und dieselbe soll deponirt werden bei F. in Thespieae.

Der spätere Beschluss geht dahin, dass die Zahlung nur gegen Vernichtung der Schuldurkunde geschehen solle:

καὶ τὰν συγγραφὰν ἂν ἔχῃ — ἀνελέσθῃ.

Diese syngraphe in Form eines neuen Darlehensschuld-scheines — es wird die Hingabe des vereinbarten (fälligen) Schuldbetrages als Darlehn fingirt —, deren wesentlicher Inhalt bereits mitgetheilt ist, enthält nun 4 hier in Betracht kommende Clauseln:

- 1) Die Clausel der Solidarverbindlichkeit gegen die nominalen (4) Darlehensempfänger und gegen die (10) Bürgen;
- 2) die Executivclausel gegen alle diese Personen;

¹⁾ So das „*Σουρνόμω*“. Heisst es solidarisch (Foucart) oder ist es ein Name (Cauer)? — ²⁾ S. auch Szanto a. a. O. VII S. 241. VIII S. 7. 30 ff.

- 3) die Clausel der unbedingten Verbindlichkeit (Unumstösslichkeit) der Urkunde;
- 4) die Order- oder die alternative Inhaber-Clausel.

Der einschlägige Passus lautet:

— ἀποδώσωσαν δὲ τὸ δάνειον οἱ δανεισάμενοι ἢ οἱ ἔγγυοι Νικαρέτα — —
 ἐὰν δὲ μὴ ἀποδωσ[ι] πραχθῇσονται κατὰ τὸν νόμον.
 [ἢ] δὲ πρᾶξις ἔστω ἔκ τε αὐτῶν τῶν δανεισαμένων
 καὶ ἐξ ἐνὸς καὶ ἐκ πλειόνων καὶ ἐκ πάντων
 καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς¹⁾, πραττούσῃ ὃν ἂν
 τρόπον βούληται. Ἡ δὲ συγγραφή κυρία ἔστω
 καὶ ἄλλος ἐπιφέρῃ ὑπὲρ Νικαρέτας.

Darauf folgen die Namen der 7 Zeugen, darunter Fiphiades, bei welchem ὁ σούγγραφος deponirt werden soll.

Unter diesen 4 Clauseln sind uns die 3 ersten bereits aus den früheren Erörterungen über das Recht der Demosthenischen Zeit bekannt. Neu ist die vierte Clausel.

ἐπιφέρειν ist vorlegen, vorzeigen (exhibere)²⁾: die Urkunde soll unumstösslich (verbindend) sein, auch wenn ein anderer als Nikareta selbst die Urkunde vorlegt, d. h. natürlich, im Zusammenhange, aus derselben die Execution (πρᾶξις) vollstreckt. Dagegen sind die Worte ὑπὲρ Νικαρέτας mehrdeutig. Sie können bezeichnen: für, d. h. zum Vortheil der N.; an Stelle der N.; um der N. willen u. s. f. Es ist so nicht deutlich erkennbar, ob der Vorleger der syngraphe durch diese allein legitimirt sein soll, oder ob er Vollmacht (Cession?) der N. beizubringen hat, und ob er überhaupt kraft eigenen Rechts oder nur als Vertreter (Cessionar?) der N. exequiren dürfe. Sicher ist nur, dass die Eintreibung der Schuld durch diese „Inhaberclausel“ hat erleichtert werden sollen.

¹⁾ d. h. gegen ihre Person und ihr Vermögen. — ²⁾ Turiner Papyrus I (Peyron 1826/27), p. 4 l. 16: ταῖς ἐπιφερομέναις — συγγραφαῖς; p. 6 l. 2: διαγραφὴν (Steuerregister des königl. Bankiers) ἐπιφέροντος S. auch Papyrus du Louvre (Paris 1865) 15 Z. 59, 60: εἰ καὶ τις θείῃ μηδεμίαν ἐπιφέρειν αὐτοὺς συγγραφὴν —.

5.

Die von Kumanudis zuerst publicirten¹⁾ Anlehensurkunden der Stadt Arkesine auf der Insel Amorgos, welche dem 2. Jahrhundert v. Chr. angehören, enthalten überaus harte, zum Theil exorbitante Anlehensbedingungen. Die beiden wichtigsten dieser Urkunden hat C. Wachsmuth neu edirt und mit vortrefflichem Commentar versehen.

a. Inschrift I bei W. (Bull. VIII p. 23) betrifft folgenden Fall:

Praxicles aus Naxos hat der Gemeinde Arkesine 3 Talente attischen Silbers geliehen zu 10 % Zinsen, und zwar ohne jedes Risiko (des Gläubigers) heimzahlbar: ἀκίνδυνον πα[ντ]ὸς κινδύνου²⁾. Zur Sicherheit dient eine Hypothek an allem Gut der Arkesineer, zu Lande und zu Wasser, sowohl dem Staatsgut wie dem Vermögen der Bürger und sogar der Metöken. Das Capital ist beliebig, jedoch mit sechsmonatlicher Frist kündbar; erfolgt die Rückzahlung des gekündigten Capitals nicht rechtzeitig, so tritt poena dupli ein.

Die wichtigsten uns interessirenden Clauseln sind:

1. Solidarverbindlichkeit sowohl der Gemeinde wie aller Einwohner und Metöken von Arkesine:

καὶ ἐξ ἑνὸς [ἐ]κάστου ἅπαν τὸ ἀργύριον [κ]αὶ ἐξ ἁπάντων, τρόπῳ ὡς ἂν ἐπίσταιται —.

2. Die Executivclausel gegen alle diese Personen:

— εἰάν δὲ μὴ ἀποδώσῃμι (ν?), nämlich falls die Zinsen von den Kämmerern der Stadt Arkesine nicht recht-

¹⁾ Athenaeion Bd. X (1882) p. 537 ff. und bulletin de corr. hell. VIII (1882) p. 23 ff. S. auch über diese Urkunden die S. 364 not. 1 genannten Erörterungen von Wachsmuth, Dareste, Szanto. — ²⁾ Nämlich im Gegensatz zum Seedarlehn. Die Clausel „ἀκίνδυνον“ u. dgl. entspricht der im Mittelalter üblichen Clausel „salvos (salvum) in terra“ (assalvi in terra). Es ist das reine, gemeine Darlehn; der uns selbstverständlich erscheinende Zusatz erklärt sich aus der Häufigkeit des Seedarlehens und verwandter Geschäfte. S. Pseudorhod. Seerecht p. II c. 17 (Pardessus coll. de lois marit. I p. 236): ἔγγυα καὶ ἀκίνδυνα. l. 1 pr. D. de naut. foen. (22, 3). l. 2. 5. 3 (1. 4. 2) C. eod. (4, 33). Cicero ad fam. II 17, 4: sine vecturae periculo. Meine Abhandlung: Zur Geschichte der Seeversicherung (Jurist. Abhandlungen. Festgabe für G. Beseler. 1885) S. 211 ff. Das Material der mittelalterlichen Urkunden ist inzwischen erheblich gewachsen.

zeitig gezahlt werden, *πρακτοὶ ἔστωμ Πραξικλεῖ οἱ μὴ ἀποδόντες ἡμιόλιον τὸ ἀργύριον ἐκ τῶν ἰδίων πράξει πάσῃ καὶ ἄπερ ἐγ δίκης τέλος ἐχούσης κατὰ τὸ σύμβολον τὸ Ναξί[ων κ]αὶ Ἀρκεσινέων* —

Ἐὰν δὲ μὴ ἀποδώσιν τὸ ἀργύριον κατὰ τὰ γεγραμμένα, — d. h. das Capital — *ἐξέστω πράξασθαι Πραξικλεῖ ταῦτα τὰ χρήματ[α] πράξει πάσῃ ἐ[κ] τε τῶν κοινῶν τ[ῶ]ν Ἀρχ[ε]σινέων πάντων καὶ ἐκ τῶν [ἰ]δίων — τρόπον ᾧ ἂν ἐπίσταιται, καὶ ἄπερ δίκην ὠφληκότων ἐν τῷ ἐκκλήτῳ κατὰ τὸ σύμβολον τὸ Ναξί[ων] καὶ Ἀρκεσινέων τέλος ἐχούσης ἀζημίῳ ὄντι πάσης ζημίας* —.

Die urkundliche Feststellung des Executivrechts soll somit gleiche Kraft haben, wie ein auf Klage vor dem Schiedsgericht¹⁾, welches laut Staatsvertrag (σύμβολον) zwischen Arkesine und Nexos besteht, ergangenes Urtheil.

Widerstand gegen die *πραΐσις* wird mit Strafe von 1 Talent und Ersatz aller Kosten und Schäden, ohne Minderung der Schuld, geahndet; auch für diese Strafe ist die gleiche *πραΐσις* statthaft. Das so executorisch Beigetriebene mindert nicht den Betrag der Schuld.

3. Verschiedene Order- oder alternative Inhaber-Clauseln, in Verbindung mit der Clausel der unbedingten Verbindlichkeit (Unumstösslichkeit) der Urkunde:

a) Z. 17. 18. Die Kündigung des Capitals darf auch durch einen Boten (nuntius, missus) des Gläubigers geschehen:

Τὸ δὲ ἀρχαῖον ἀργύριον ἀποδώσουσιν ἐν ἐξ μῆσιν, ἀφ' οὗ ἂν ἀπαιτήσῃ[ι] Πρα[ξι]κλῆ[ς] ἢ ὅν ἂν πέμψῃ Πραξικλῆς ἀπαιτήσοντα.

b) Z. 18—20. Die Rückzahlung von Capital bezw. die Zinszahlung soll in Naxos geschehen an den Gläubiger oder an jemand anders auf dessen Geheiss:

Ὅταν δὲ ἀποδιδῶσιν [τ]ὸν τόκον ἢ τὸ ἀρχαῖον, ἀποδώσουσιν ἐν Νάξῳ Πραξικλεῖ ἢ ᾧ ἂν γ[ε]λεύ[ῃ].

¹⁾ Ueber πόλις ἐκκλητος cf. Hesych. s. v. ἐκκλητοὶ und Aechines c. Timarch. 12, 39. Heffter, Athenäische Gerichtsverfassung S. 91 verb. S. 493.

Πραξικλῆς, in geeigneter Münzsorte [ὄ]πω[ς] ἄγ
κελεύηι.

Diese Clausel macht wesentlich die Urkunde zu einem domicilirten Eigenwechsel an Order des Gläubigers.

- c) Z. 32. 33. Die Execution kann geschehen durch den Gläubiger oder durch andere Personen auf dessen Geheiss:

*καὶ εἰάν τινες ἄλλοι πράττωσιν τὰ χρήματα
κελεύοντος Πραξικλέους.*

- d) Z. 41—46. Die Urkunde gilt unumstösslich und zwar zu Gunsten eines jeden, der sie vorlegt, mag dies der Darlehensgläubiger sein oder wer immer für ihn den Betrag einzieht (exequirt):

*Τῆς δὲ συγγραφῆς τῇσδε [ὦ]μολόγησαν Ἀρ-
κ[εσιν]εῖς μηδὲν εἶναι κυριώτερον, μήτε νόμον μήτε
φ[ύφ]ισμα μήτε δ[όγμ]α [μή]τε στρατηγὸν μήτε ἀρχὴν
ἀλλὰ κρίνου[σ]αν ἢ τὰ ἐν τῇ[ι] συγγ[ρ]αφῇ γεγ[ρ]αμ-
μένα μήτε ἄλλο μηδὲν μήτε τέχνηι μήτε πα[ρ]ε[ρ]έσει
μηδεμίᾳ, ἀλλ' εἶναι τὴν συγγραφὴν κυρίαν οὐ
[ἀ]ν ἐπιφέρῃι, ὁ δανείσας ἢ οἱ πράσ[σ]οντ[ε]ς
ὑπὲρ αὐτοῦ.*

b. Die Inschrift II bei W. (Athen. X p. 536 Nr. 9) betrifft ein Darlehn von unbekanntem Umfang, welches ein gewisser Alexandros (wahrscheinlich aus Arkesine) der Gemeinde Arkesine gegeben hat. Sie ist nur theilweise erhalten. Auch sie enthält:

1. die Clausel der Solidarverbindlichkeit, in gleichem Umfange, wie Urkunde a;
2. die Executivclausel: *ἐξέστω πράξασθαι*, in wesentlich gleichem Umfange wie Urkunde a: *καθ' ἅπερ δίκην
ὠφληκόντων ἐν τῇ ἐκκλήτῳ καὶ ὄντων ὑπερημέρων.* Besonders hervorgehoben ist hier noch, dass jeder Widerstand gegen den Exequenten, auch seitens eines Beamten (*ἀρχων*), so behandelt werden solle, als wäre über die *δίκη ἐξούλης* rechtskräftig entschieden¹⁾:

*ἀποτε[ισ]άτω Ἀλεξάνδρῳ ἀργυρίου δραχμὰς Δ[Δ]Δ
... ος καὶ πρακτὸς ἔστω τοῦτο τὸ ἀργύριον ὡς ὠφλη-*

¹⁾ S. oben S. 362.

κὼς δίκην Ἀλεξάνδρῳ ἐξούλης ἐν τῇ ἐκκλησίᾳ καὶ
ὦν ὑπερήμερος.

3. Verschiedene Order- oder alternative Inhaber-Clauseln.

a) Z. 9. 10, wörtlich gleich Urkunde a Z. 32. 33:

καὶ εἴαν τινες ἄλλοι [πράττ]ωσι τὰ χρήματα
κελεύοντος Ἀλεξάνδρου.

b) Z. 19—25, wörtlich gleich Urkunde a Z. 41—46,
auch hier die Clausel: εἶναι τὴν συγγραφὴν κυρίαν
οὐ ἂν ἐπιφέρῃ ὁ δανείσας ἢ οἱ πράσσοντες
ὑπὲρ αὐτοῦ.

c. Inschrift III (Athenaion X p. 537 Nr. 10) ist sehr
verstümmelt. Aber es findet sich doch sicher:

1. die Executivclausel:

Z. 2. 3: καὶ πρακτὸς ἔστω το[οὔ]το τὸ ἀργύριον
ὡς ὠφληκῶς δίκην

Z. 5. 6: καὶ εἴαν τι βλάβος ἢ ἀνάλωμα γένηται
εἰς τὴν εἰσπραξίν τῶν χρημάτων . . .

2. Z. 7 wörtlich wie Urkunde a Z. 41 ff. und Z. 11. 12:

ἀλλ' εἶναι τὴν συγγραφὴν κυρία[ν] οὐ ἂν ἐπιφέρῃ
ὁ δανείσας ἢ οἱ πράσσοντες ὑπὲρ αὐτοῦ —.

d. Inschrift IV (Bull. de corr. hell. VIII p. 26. 27). Sehr
verstümmelt. Verschiedene Personen aus Astypalaiai haben
an die Gemeinde Arkesine 5 alexandrinische Talente . . .
Drachmen zu monatlichem Zins von 4 Obolen 2 Chalkous bis
zu einem bestimmten Termine geliehen. Strafe bei Verzug.
Hinsichtlich der Zinszahlung findet sich die Executivclausel¹⁾
mit Orderclausel:

Z. 9. 10: ἀποδώσουσι δὲ Ἀρκεσινεῖς τὸν τόκον κατ'
ἐνιαυτὸν τοῖς δανεισταῖς ἀκίνδυνον (s. oben S. 368
Not. 2) ἐν Ἀστυπαλαίαι νόμισμα Ἀλεξάνδρεον etc.

¹⁾ Auch das in dem Testament der Epicteta von der Insel Thera,
aus dem 3. oder 2. Jahrhundert v. Chr., geordnete merkwürdige Statut
einer Familiengenossenschaft (Boeckh, c. inscr. gr. II Nr. 2448, Cauer,
del. inscr. p. 77 — s. auch Dareste, nouv. revue histor. VI [1882]
p. 250 ff., Keil, Hermes XXIII [1888] p. 289 ff. —) enthält an zahl-
reichen Stellen die Executivclausel wegen Nichtleistung von Bussen
u. dgl.; auch gegen den Genossenschaftsvorsteher: IV (III) l. 37: πράσσει-
σθαι; V 20: πράξατο αὐτὸν; 31: ἂ πράξις ἔστιν; VII 4 ff.: πρακτὸς ἔστω —;
22 ff.: πρακτὸς ἔστω —; VIII 14: πρακτὸς ἔστω — meist mit dem Zu-

und dürfen, Z. 12, die Gläubiger selbst oder deren Boten exequiren:

ἡ αὐτοὶ ἢ ἄλλον πέμψαι εἰ[ς] πρά[σσειν],

vgl. auch Z. 14: πράξει, Z. 20: εἰσπράσσονται.

Z. 26: μηδὲν κυριώτερον μήτε νόμον μήτε ψήφισμα,

wahrscheinlich stand also auch hier, wie in den drei anderen Urkunden, die Clausel: οὐ ἂν ἐπιφέρῃ oder dergl.

6.

Weiter gehören dem hellenistischen Quellenkreise an: ägyptische Papyrusurkunden der Ptolemäer- und der römischen Zeit. In den von mir eingesehenen findet sich Order- oder Inhaberclausel nicht und, was wichtiger ist, Herr Professor Dr. Winkler erklärt, bisher diese Clausel nicht bemerkt zu haben.

Anders verhält es sich mit der Executivclausel.

Der vielbesprochene Papyrus O. Leyden¹⁾ aus dem Jahre 89 v. Chr. betrifft ein unverzinsliches Darlehn des Conuphis an den Perser Petimuthes in Höhe von 12 Drachmen; bei nicht rechtzeitiger Rückzahlung soll die Schuldsumme auf 18 Drachmen und 30 % Jahreszinsen wachsen. Am Schlusse steht die Executivclausel:

ἡ πράξις ἔστω Κονούφει καὶ τοῖς παρ' αὐτοῦ καὶ ἄπασιν ἐκ δίκης.

Ob unter den οἱ παρ' αὐτοῦ verstanden werden Bevollmächtigte, Cessionare, Erben oder vielleicht nur die „Leute“ (Untergebenen), oder ob darin eine Orderclausel liegt, ist nicht festzustellen.

Der Papyrus 7 du Louvre²⁾, von unsicherem Datum (166 v. Chr.?) beurkundet ein Getreidedarlehn unverzinslich; bei nicht rechtzeitiger Rückgabe Strafe des ἡμιόλιον. Weiter: ἡ δὲ πράξις ἔστω Ἀρσιήσει (Gläubiger) ἐκ τῶν Ἀσκληπιά-

satz κατὰ τοὺς (oder τοὺς) νόμος — also augenscheinlich Gesetz oder Gewohnheitsrecht.

¹⁾ Papyri graeci Musei Lugduni-Batavi ed. Leemans (1843) p. 77. —

²⁾ Notices et extraits des manuscrits t. XVIII (Paris 1865) p. 171 ff.

δος (Schuldnerin) *καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτῇ πάντων πράσσοντι κατὰπερ ἐγ δίκης.*

Der Papyrus 62 du Louvre¹⁾ (181 v. Chr.?) betrifft die Einziehung von Abgaben. Es heisst dort:

col. 6 l. 14: *Ἐὰν δέ τινες πρὸς τὰς ἐγλήψεις ὀφείλωσιν ἢ πρᾶξις ἔστω ἐξ ἑνὸς καὶ ἐκ πάντων* (solidarisch).

Dass noch in der Römerzeit *πρᾶξις* die Execution bezeichnet, erweist u. a. das Edict des Tiberius Julius Alexander a. 68 n. Chr.:

4. *ἵνα αἱ πράξεις τῶν δανείων ἐκ τῶν ὑπαρχόντων ὥσι καὶ μὴ ἐκ τῶν σωμάτων*, daher *πρακτόρειον* = Schuldgefängniss (Bruns-Mommsen, fontes⁵ p. 219).

In der von Josephus (antiq. iud. XVI 9, 1) erwähnten *συγγραφή* des Herodes stand:

ἐξεῖναι τῆς προθεσμίας (Zahlungstermin) *παρελθούσης ὥσια λαμβάνειν ἐξ ἀπάσης τῆς χώρας*,

d. h., wie bereits Wachsmuth a. a. O. S. 300 bemerkt hat, unbedingtes Exequirungsrecht an dem gesammten (verpfändeten) öffentlichen und privaten Eigenthum des Königs, hier dem ganzen Land.

7.

Ueberblickt man den durch die S. 360—373 umschriebenen späthellenischen Rechtszustand, so wird sich nicht bezweifeln lassen, dass in Gemässheit solcher Urkunden der blosse Inhaber bezw. der durch Order als Gläubiger legitimirte Inhaber der Urkunde ein, gemäss der absoluten Verbindlichkeit der Urkunde unanfechtbares, sogar durch unmittelbare Vollstreckbarkeit ausgezeichnetes Forderungsrecht hatte. Wie sich hiermit die noch immer herrschende Annahme, dass die *syngrapha* des griechischen Rechts, auch des späteren, eine schlichte Beweisurkunde gewesen sei, in Einklang bringen lässt²⁾, kann hier nicht untersucht werden.

¹⁾ Eod. p. 352 ff. S. auch Papyrus III von Turin (Peyron, papyri greci r. T. M. Aeg. Turin 1826/7) l. 44 (*πραχθῆναι*); Papyr. V eod. l. 14 ff.: *πρᾶξις, πρακτῆσειν, πράσσιν*; Pap. VIII l. 86: *πραχθῆναι αἰτὸν τὰ ἐπιτίμια*. — ²⁾ Zweifel gegen diese Annahme s. jetzt bei Schupfer, *sinagrafe e chirografi* (Rivista Italiana per le scienze giuridiche VII, 3

Dagegen lässt sich die Frage nicht abweisen, in welchem Verhältniss die Inhaber- bzw. Orderclausel zu den allgemeinen Grundsätzen des griechischen Obligationenrechts steht. Denn die Bedeutung dieser Clausel ist ja eine sehr verschiedene, je nachdem bereits freie (gerichtliche) Stellvertretung und freie Uebertragbarkeit (Cessibilität) der Forderungen besteht oder nicht besteht. Im ersten Falle bedarf es ihrer zur Geltendmachung von Forderungen durch Andere bzw. zu deren Uebertragung auf Andere nicht, wogegen sie sonstige, vielleicht weitergehende Zwecke als die Cession (so in der Gegenwart) verfolgt. Im zweiten Falle ist sie Ersatzmittel der noch fehlenden (gerichtlichen) Stellvertretung und Cession, kann aber von vorneherein mit weiteren Wirkungen als diese ausgestattet sein und so sich später auch neben der anerkannten Cession behaupten¹⁾.

Nun ist, so viel ich sehe, die Frage nach der allgemeinen Statthaftigkeit der Cession im griechischen oder auch nur im attischen Recht noch gar nicht der genaueren Untersuchung unterzogen worden. Wenn Cruchon, *les banques dans l'antiquité* (Paris 1879) p. 25 behauptet: „la cession des créances était permise à Athènes par la loi de Solon“ so ist er selbstverständlich dafür jeden Beweis schuldig geblieben und es steht ihm keineswegs die Autorität Caillemers zur Seite, welcher vielmehr bemerkt, dass sich von Cession oder Indossament des „Wechsels“ im attischen Recht keine Spur findet²⁾. Daresté spricht in seinen schätzenswerthen Erörterungen zu den Demosthenischen Reden (*plaidoyers civils de Demosthène*, Paris 1875) gar nicht von der Cession; I p. XL behauptet er, dass die Athener die effets à ordre nicht gekannt hätten. Später (*bulletin de corr. hellén.* VIII p. 375 ff.) zieht er aus der *syngrapha* in *Lacritum* und den vorstehenden, neu aufgefundenen Urkunden folgende Schlüsse:

Unter *syngrapha* hätten die Griechen eine Urkunde verstanden, welche einen öffentlichen Charakter trug, mindestens

[1889], vgl. schon Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde* (1880) S. 49 Not. 3.

¹⁾ S. meine Ausführungen in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 28 S. 74. — ²⁾ *Etudes sur les antiquités juridiques d'Athènes. Lettres de change* (Paris 1865) p. 14 ff.

auch die Gegenwart zahlreicher Zeugen und bereite Execution ohne richterliches Urtheil nach sich zog. Die Urkunde stellte regelmässig fest, dass das Vollstreckungsrecht jedem zustehen solle, welcher sich Namens des ursprünglichen Gläubigers vorstellte. Diese Clausel, welche man da, wo sie nicht ausgesprochen war, als stillschweigend verstanden ansehen darf, macht aus der Urkunde „un titre, un valeur cessible et négociable et même en réalité un titre au porteur, toute fois avec l'obligation pour le porteur de prouver sa qualité de mandataire, en cas de contestation“. An einer anderen Stelle (p. 374) nennt er die Clausel der Urkunde des Praxicles (oben S. 370) das älteste Beispiel „de la clause à ordre“.

Dass in dieser Darstellung Richtiges und Unrichtiges durcheinandergehen, liegt auf der Hand. Einerseits ist es sicherlich unbegründet, dass die (jede) *syngrapha* die Executivclausel und gar die Inhaberclausel tacite in sich geschlossen habe, (etwa wie der deutsche — nicht der französische — Wechselbrief die Orderclausel), wie üblich auch die erste war und wie häufig in späterer Zeit die zweite oder eine verwandte Orderclausel vielleicht vorgekommen ist. Andererseits ist nach dem Zusammenhang unserer Urkunden, namentlich bei den schweren Bussen, welche in den amorginischen Urkunden auf Widerstand gegen die Execution gesetzt sind, keineswegs wahrscheinlich, dass der Urkundeninhaber verbunden gewesen wäre, sich über seine Befugniss zur Execution anders als durch die Urkunde auszuweisen. Endlich wäre, wenn die *syngrapha* schlechthin ein *valeur* „cessible“ war, der Nachweis des Urkundeninhabers ja keineswegs auf seine „qualité de mandataire“ beschränkt gewesen — es hätte ihm, was wohl auch Dareste nicht in Abrede stellen will, freigestanden, sich als Cessionar auszuweisen.

Lipsius (Meier und Schömann, Der attische Prozess) spricht von der Uebertragung der Forderung (?) nur S. 694: „In diesem Falle (bei der in Form des Verkaufs auf Wiederkauf, *πραΐσις ἐπὶ λύσει*, erfolgenden Hypothekbestellung) wird die Uebertragung des verpfändeten Guts auf einen andern Scheinkäufer nicht selten vorgekommen sein. Dass aber bei jedem Darlehensvertrag das in der *συγγραφή* dem Gläubiger zugestandene Recht ohne weiteres auf jeden Dritten über-

tragbar war, erscheint nicht glaublich.“ Dazu Not. 591 „Die Bestimmung (auf die Besonderheit unserer Clauseln wird gar nicht eingegangen) kommt auf Darlehensverträgen von Orchomenos und Arkesine vor, darf aber darum nicht mit Dareste als stillschweigend auch da vorausgesetzt gelten, wo sie in der *συγγραφή* nicht enthalten ist.“

Näher, und zwar unter Verneinung allgemeiner Cessibilität, spricht sich Wachsmuth a. a. O. S. 295, 296 aus. Er findet in den amorginischen Urkunden die Besonderheit, dass die executorischen Massregeln nicht nothwendig von der Person des Gläubigers auszuführen sind, dass die Kündigung der Capitalien nicht durchaus von der Person des Gläubigers ausgehen und dass die Rückzahlung der Schuld nicht durchaus an sie zu erfolgen hat, sondern dass für alle diese Geschäfte von den Gläubigern Beauftragte eintreten können und dass schliesslich ganz allgemein absolute Uebertragbarkeit jeder aus der Schuldurkunde erwachsenen Forderung auf andere ausdrücklich ausgemacht wird. Daraus sei zu entnehmen, dass nach hellenischem Recht gewöhnlich die Pfändung von dem Gläubiger persönlich vorgenommen werden musste — wofür auch ein, freilich nicht sicherer Beweis in der Pseudo-Demosthenischen Rede gegen Euergos und Mnesibulos (XLVII § 63, 65) gefunden wird —, diese Beschränkung werde hier aufgehoben und etwas Aehnliches sei vermuthlich bei solchen Darlehensverträgen öfters vorgekommen. „Doch ist der einzige m. W. bisher anderweit nachweisbare Fall (der orcho-menische der Nikareta) um deswillen nicht voll beweiskräftig, weil es sich hier um eine Frau handelt. Ganz neu ist die Uebertragung einer ausstehenden Forderung an Dritte, und man könnte sich versucht fühlen, hierin ein erstes Auftreten des Gedankens zu sehen, der zu dem modernen kaufmännischen Wechsel führte; aber der Weg ist doch noch sehr weit, und dass man auf ihm im Handelsverkehr innerhalb der hellenischen oder hellenistischen Welt die weiteren entscheidenden Schritte gethan habe, dafür fehlt es bekanntlich an jedem Beweis.“

Ich darf einige Bedenken gegen diese unzweifelhaft fördernde Darstellung nicht verschweigen. Zunächst finde ich hinsichtlich der „Uebertragung ausstehender Forderungen“

keinen Unterschied zwischen der Orchomenischen Urkunde der Nikareta und den amorginischen Urkunden; in allen gleichmässig findet sich die alternative Inhaber- oder doch Order-clausel:

Κἂν ἄλλος ἐπιφέρει ὑπὲρ Νικαρέτας und οὐ ἂν ἐπιφέρει, ὃ δανείσας ἢ οἱ πράσσοντες ὑπὲρ αὐτοῦ,

nur dass in den amorginischen Urkunden noch ausdrücklich besonders hervorgehoben wird, dass auch die *πραῖς* durch andere (*κελεύοντος Πραξικλέους — κελεύοντος Ἀλεξάνδρου — ἢ αὐτοὶ ἢ ἄλλον πέμψαι εἰσπράσσειν*) geschehen dürfe. Dass Nikareta ein Weib ist, würde doch wohl nur insofern in Betracht kommen, als sie diese Verfügung über die ihr zustehende Forderung nicht ohne ihren (hier assistirenden) *κύριος* vornehmen durfte.

Sodann ist, wie W. wohl selber anerkennt, aus der That-sache allein, dass in Demosthenes c. Euergos und Mnesibulos die Möglichkeit, der exequirende Nichtgläubiger Euergos, (der Bruder des Gläubigers Theophemos, 63: *ὃ οὐτε δίκην ὠφλήκειν, οὐτε συμβόλαιον ἦν μοι πρὸς αὐτὸν οὐδέν.* 65: *πρὸς οὐδέν μοι πρᾶγμα ἦν* — cfr. auch 53) könne den wirklichen — bereits in Annahmeverzug gesetzten — Gläubiger vertreten haben, nicht berücksichtigt wird, kein Schluss auf die rechtliche Unstatthaftigkeit einer derartigen Vertretung kraft erweislicher Vollmacht oder Cession des wirklichen Gläubigers zu entnehmen; umsoweniger, als, nach der Darstellung des Redners, der Gläubiger Theophemos bis dahin und noch später in Person mit seinem Schuldner verkehrt, auch die ersten Pfändungsmassregeln selbst (52), später in Gemeinschaft mit Euergos (58 ff.) vornimmt.

Nicht in der Lage, das gesammte Quellenmaterial zu übersehen, will ich mich auf einige, insbesondere aus den echten und pseudo-Demosthenischen Reden entnommene Bemerkungen beschränken.

Wider die allgemeine Statthaftigkeit der Cession dürfte der Umstand ins Gewicht fallen, dass anscheinend überall der Gläubiger selbst seine Sache vor Gericht vertritt (nul plaid par procureur), auch die Gerichtsrede des Logographen nur zur Unterstützung der Processpartei dient, mag derselbe auch,

wie Demosthenes für Phormio, allein sprechen¹⁾; von einem cognitor oder procurator in rem suam des römischen Rechts finde ich bei den Attikern keine Spur. Nicht unerheblich erscheint auch, dass Quintilian, freilich kein zuverlässiger Zeuge für älteres attisches Recht, sagt: instit. orat. II, 15, 30: Nam et Socrates inhonestam sibi credidit orationem, quam ei Lysias reo composuerat; et tum maxime scribere litigatoribus, quae illi pro se ipsi dicerent, erat moris, atque ita iuri, quo non licebat pro altero agere, fraus adhibebatur.

Die häufig vorkommenden Zahlungsmandate, insbes. Anweisungen auf die Bankiers, bestimmt bezeichneten Personen Auszahlungen zu machen²⁾, erweisen selbstverständlich nicht die Cession, zumal häufig die Zahlung auf Credit geschieht.

Dass es nicht üblich war, auf blosse briefliche Anweisung, sogar an darin benannte Personen zu zahlen, zeigt Demosth. c. Nausimachos und Xenophitos (XXXVIII) 11, 12, wo, allerdings unter den besonderen Umständen des Falles, eine so behauptete Zahlung als unglaubwürdig bezeichnet wird: ταῦτα τῷ μὴ κυρίῳ πέμψαντι γράμματα ἔχον ἀποδοῦναι, und 14: εἴ τινα ἔπεμψεν ὁ Δημάρετος.

Wenn in den Bankbüchern sogar von vornherein notirt wird, wer an Stelle des Zahlungsdestinatärs die Zahlung in Empfang nehmen soll (gleich der vierten Person des „Präsentanten“ in der mittelalterlichen Tratte): Demosth. c. Kalippum (LII) 4, vgl. 7, so fällt dies gegen die Statthaftigkeit, mindestens gegen die Ueblichkeit der Cession, noch mehr selbstverständlich gegen die Ueblichkeit einer Order- oder Inhaber-Clausel (eines etwa vom Bankier ausgestellten Empfangscheines)³⁾ ins Gewicht.

Andererseits findet sich in Demosth. c. Apaturios (XXXIII) 7. 8 die Uebertragung einer Forderung von 3 Minen, des Par-

¹⁾ S. auch E. Platner, Der Process und die Klagen bei den Attikern I (1824) S. 94, obwohl er einige anscheinend abweichende Vorkommnisse aufzählt. — ²⁾ So insbes. Demosth. c. Timotheum (XLIX), wo Pasion im Auftrage des Timotheus verschiedene Zahlungen leistet: 6. 16. 17. 22. 23. 28—30. 65 (δοῦναι ἐκέλευσεν Ἀντιμάχῳ etc.). — ³⁾ So der Siebenbürgische Depositatschein a. 167 p. Chr. (Bruns-Mommsen, fontes⁵ p. 268).

menon gegen Apaturios auf den Kläger, erwähnt: *καὶ τὰς τρεῖς ᾧς προειλήφει οὗτος παρ' ἐκείνου ἀνθολογησάμενος πρὸς τοῦτον*. Die Uebertragung kann im Wege der Novation¹⁾ oder der Cession erfolgt sein.

Wichtiger ist Demosth. pro Phormione (XXXVI) 5. 6. Pasion hatte die bei ihm von Geschäftskunden deponirten Gelder (11 Talente) im eigenen Namen verzinslich ausgeliehen. Als nun der bisherige Geschäftsführer Phormion von Pasion das Bankgeschäft pachtweise übernahm²⁾, somit auch die Depositen — so dass er selbst Schuldner der Depositengelder wurde (?) — sah er, dass er ausser Stande sein würde, die von Pasion gegen hypothekarische Sicherheit ausgeliehenen Gelder einzutreiben (*εἰσπράττειν*), weil er noch nicht athenischer Bürger war: *μήπω τῆς πολιτείας αὐτοῦ παρ' ὑμῖν οὐσῆς*. Deshalb übernahm Pasion gegen ihn (bezw. gegen das „Bankgeschäft“) die Schuld von 11 Talenten, an Stelle derjenigen Personen, welchen diese Summen von Pasion ausgeliehen waren.

Der Schluss ist unabweislich, dass wenn dem Phormion nicht der Mangel des athenischen Bürgerrechts entgegengestanden hätte (wahrscheinlich, weil der blosse Metöke auch des Pfandbesitzes an Immobilien unfähig war), Phormion unbedenklich die ausstehenden Bankforderungen an Stelle des Pasion von den Schuldnern hätte eintreiben dürfen. Es muss also, in Demosthenischer Zeit, die Cession oder gerichtliche Stellvertretung statthaft gewesen sein — mindestens in Verbindung mit Ueberlassung von Bank- und ähnlichen Handlungen, zu deren Activa diese Forderungen gehörten — aber — sofern es sich um hypothekarisch gesicherte Forderungen handelte — oder allgemein (?) — nur zu Gunsten von Bürgern, nicht von Metöken oder von Fremden³⁾.

¹⁾ So Dareste, plaidoyers civils de Demosthène p. 203. 214 Not. 3. — ²⁾ Die „*μίσθωσις*“ steht in der Rede des Demosth. (richtiger Apollodor) c. Stephanos I (XLV) 31. Wie die Clausel: „*ὁφείλει δὲ Πασίων ἐπὶ τὴν τραπεζαν ἑνδεκα τάλαντα εἰς τὰς παραθήκας*“ von Apollodor dahin umgedeutet wird, dass die 11 Talente in der Casse gefehlt hätten und von Phormion unterschlagen worden seien, ist ein Meisterstück der Rabulisterei in diesem auch sonst schwachvollen Rechtshandel. — ³⁾ Im mittelalterlichen Italien sind statutarische

8.

Dem hellenischen Quellenkreise nahe stehen selbstverständlich die Plautinischen Komödien, insbesondere die nachweislich einem griechischen Original nachgebildeten. Immerhin darf man als Regel annehmen, dass Plautus nicht leicht Rechtsverhältnisse dargestellt hat, welche ganz ausser dem Gesichtskreise seines römischen Publikums standen, so dass sich aus solchen Erörterungen ein freilich nicht sicherer Beweis für deren Vorkommen auch im römischen Rechtsleben entnehmen lässt. Gleichzeitig dürfte feststehen, dass zur Zeit des Plautus die Cession dem römischen Recht noch durchaus unbekannt war¹⁾.

Der Curculio²⁾ spielt bekanntlich in Karien und in Epidaurus, also auf hellenischem Boden. Der miles hat von dem Cappadox leno ein Mädchen für 30 Minen gekauft, dazu noch Kleid und Schmuck für 10 Minen. Den Preis hat er noch nicht bezahlt, sondern (mindestens die 30 Minen) bei dem „tarpeßita“ Luco in Epidaurus deponirt: *apud tarpeßitam situmst* (2, 3, 64 ff. [v. 341 ff.], vgl. IV 3, 4 [v. 536]), aber mit folgender Anweisung:

v. 345 ff.: *Atque ei mandavi, qui anulo*

*Meo tabellas opsignatas attulisset, ut
daret*

*Operam ut mulierem a lenone cum auro et veste
abduceret.*

Demnächst stellt sich Curculio dem Luco vor, als Abgesandter des miles Therapongitonus Platagidorus: 3. 38 ff. (v. 402 ff.):

Luco: *Novi edepol nomen: nam mihi istoc nomine*

Dum scribo, explevi totas ceras quattuor.

Sed quid Luconem quaeris?

Curc.:

Mandatumst mihi

Ut has tabellas ad eum ferrem.

Verbote derart häufig, z. B. in Pisa, Padua, Modena und sonst: Pertile, *storia del diritto Italiano* IV p. 517.

¹⁾ Ueber die verwaltungsrechtliche attributio des *aes hordearium* in Aulul. u. Poenul. s. Bruns, *Zur Geschichte der Cession* (Kleine Schriften II S. 11, vgl. S. 28). — ²⁾ Benutzt ist die Ausgabe von Fleck-eisen (Teubner 1887).

Luco: Quis tu homo's?

Curc.: Libertus illius, quem omnes Summanum vocant.

Nachdem sich Luco zu erkennen gegeben hat (v. 418 ff.), geht das Gespräch weiter (v. 420 ff.):

Curc.: Multam me tibi

Salutem iussit Therapontigonus dicere

Et has tabellas dare me iussit

Luco: Mihine?

Curc.: Ita.

Cape; signum nosce. nostin?

Luco: Quid si noverim?

Clupeatus elephantum ubi machera dissicit¹⁾.

Curc.: Quod istic scriptum esset, id te orare iusserat

Profecto ut faceres, suam si velles gratiam.

Luco: Concede: inspiciam quid sit scriptum.

Curc.: Maxume

Tuo arbitrato, dum auferam aps te id quod peto.

Demnächst liest Luco folgenden Brief (III 59 ff. [v. 429 ff.]):

„Miles Luconi in Epidauro [hospes] hospiti

Suo Therapontigonus Platagidorus plurumam

Salutem dicit“:

„Tecum oro et quaeso, qui has tabellas ad-
feret

Tibi, ut ei detur quam istic emi virginem,

Quod te praesente isti egi teque interprete

Et aurum et vestem. iam scis ut convenerit

Argentum des lenoni [et] huic des virginem.“

Nun fragt Luco (v. 437): Ubi ipsust? quor non venit? und berichtet Curculio über die Schicksale des miles Th. Pl. Nachdem sich durch diese Mittheilung Luco davon überzeugt hat, dass Curculio wirklich von dem miles Th. Pl. abgesendet ist, bemerkt er (v. 452):

Credo hercle te esse ab illo

und erklärt sich bereit, der Anweisung zu folgen (v. 453/4):

Nil moror.

Sequere hac: te apsolvam qua advenisti gratia.

¹⁾ Dies also ist das Siegel.

Der leno Cappadox tritt auf. Luco sagt ihm (v. 458):

Argentum accipias, cum illo mittas virginem.

In Act IV, 2 wird von Luco das Geld ausgezahlt, Luco er-
sucht den Curculio, an dessen patronus (den miles) beste Em-
pfehlung auszurichten (v. 524).

In Act. V erscheint der miles (Th. Pl.) bei Luco und be-
gehrt Rückzahlung der 30 minae „quas ego apud te deposui“
(V. 3, 4 [v. 535. 536]). Luco beruft sich darauf, dass er die-
selbe bereits an den Freigelassenen des miles, Summanus,
zurückgezahlt habe. Dies bestreitet der miles, bemerkt
aber, er hätte allerdings niemals auf Rückzahlung (von dem
spitzbübischen Bankier) gerechnet (v. 541. 542):

Idem ego istuc quom credebam¹⁾ credidi

Te nihil esse redditurum.

Luco entgegnet (v. 549. 550), er habe nur den Auftrag des
miles respectirt:

quod mandasti, feci honoris gratia:

Tuum qui signum ad me attulisset nuntium ne
spernerem.

Der miles wirft ihm seine Leichtgläubigkeit vor (v. 551):

Stultior stulto fuisti, qui his tabellis crederes.

Luco entgegnet (v. 552. 553):

Quis respública et privata geritur, non
is crederem? — tibi res solutast recte.

Es erhellt nun, dass der miles allerdings um sein Geld
bezw. um das Mädchen geprellt ist, indem Curculio, der an-
gebliche Freigelassene des miles, den Brief gefälscht und mit
dem entwendeten Siegelring des miles verschlossen hatte
(II. 3, 81 ff. [v. 360 ff.]). Da aber doch zwischen dem miles
und Luco wirklich verabredet war, das Geld solle an den
Ueberbringer eines mit dem Siegel des Luco verschlossenen
Briefes ausgezahlt werden, so behauptet Luco, richtig an Curculio
und damit an den miles (tibi res solutast recte) gezahlt zu
haben und der geprellte miles erhebt schliesslich keinen wei-
teren Widerspruch.

¹⁾ Also das hier vorliegende depositum (irregulare) wird als „cre-
dere“ bezeichnet. Das Folgende ist ein Wortwitz aus der Doppelbedeu-
tung von credere = „anvertrauen“ und = „glauben“.

Zu beachten ist, dass Luco dem Curculio trotz Vorlegung des Briefes nicht ohne weiteres zahlt, sondern erst nachdem Curculio plausible Gründe dafür vorgebracht hatte, weshalb der miles nicht selbst komme und dass er Bote desselben sei. Andererseits ist, nach Plautus' Darstellung, an Curculio gültig gezahlt, und es würde das auch vom miles nie bezweifelt worden sein, falls Curculio wirklich rechtmässiger Briefinhaber gewesen wäre. Ob nun wirklich in einem derartigen Fall, trotz der vorausgehenden Vereinbarung, die Zahlung an den Producenten einer gefälschten Inhaberanweisung Liberation nach römischem (griechischem) Recht bewirkt hätte, mag zweifelhaft sein, interessirt uns aber hier nicht. So viel erhellt mit Sicherheit: Die (echte) auf Inhaber lautende Zahlungsanweisung legitimirt den blossen Briefinhaber zur Empfangnahme der Zahlung, mindestens in dem Sinne, dass die bona fide geleistete Zahlung des Assignaten gegenüber dem Assignanten als gültige Zahlung gilt. Da aber im vorliegenden Falle der Assignat (Luco) sich bei dem blossen Inhaberbrieft nicht beruhigt, sondern weitere Legitimation des Präsentanten (Curculio) begehrt und erlangt, so ist wahrscheinlich diese Inhaberanweisung nur ein unvollkommenes Inhaberpapier in dem oben (S. 359) entwickelten Sinne: Luco durfte ohne weitere Prüfung gültig an den Inhaber zahlen, aber auch weiteren Rechtsausweis begehren. Entscheidend ist endlich nicht die, in den Wachs-täfelchen ohnehin schwer erkennbare Handschrift, sondern das Siegel des miles. —

Natürlich konnte das gleiche Ergebniss auch durch vereinbarte Vorzeigung nur eines Siegelringes erzielt werden, indem mündlich oder schriftlich ausgemacht wird, es solle an den Vorzeiger eines gewissen Siegelringes gezahlt werden. Von diesem Falle, wo also der blosse Siegelring als Inhaberanweisung fungirt, spricht Plautus in den, einer Komödie des Menander nachgebildeten *Bacchides*. Auch hier und noch klarer als im Curculio handelt es sich also um hellenische Sitte.

Nach der Erzählung des Chrusalus ist von dem Sohne des Nicobulus, Namens Mnesilochus, Geld des Nicobulus in Ephesus bei Theotimus, Priester der Ephesischen Diana de-

ponirt, und zwar, nach bekannter griechischer Sitte, im Tempel: *ibidem puplicitus seruant* (II. 3, 72 ff. [v. 306 ff.]); ist weiter mit Theotimus verabredet, er solle das Geld demjenigen zurückgeben, welcher ihm den Ring des Mnesilochus vorzeigt (II. 3, 95 ff. [v. 329. 330]):

Quia id signumst cum Theotimo, qui eum (sc. anulum)
illi adferet,
Ei aurum ut reddat.

An einer andern Stelle II. 3, 29 ff. (v. 263 ff.) ist von einem „*sumbulum*“ ohne nähere Bezeichnung die Rede, mittelst dessen sich der Sohn des Nicobulus bei dessen Schuldner Archidemides in Ephesus legitimiren solle; der letztere leugnete aber die Echtheit des „*sumbulum*“.

Ni. Quid ubi ci ostendit sumbulum?

Ch.

Infit dicere

Adulterinum, non verum esse sumbulum. —.

Wie der Siegelring, konnte auch ein anderes Erkennungszeichen laut Vereinbarung zur Erhebung deponirter oder creditirter Gelder legitimiren.

Ein solches *σύμβολον* ist vielleicht (?) die goldene Schaaale des Grosskönigs bei Lysias *ὑπὲρ Ἀριστοφάνους χρημάτων* 19, 25 (p. 154)¹⁾. Auf diese Schaaale will nämlich deren Empfänger Demos von Aristophanes Geld leihen, weil der Nehmer der Schaaale auf diese, neben sonstigen Vorthelen, auch Geld genug auf dem ganzen Festland erhalten werde²⁾, doch lässt sich A. auf das Geschäft nicht ein.

9.

Unter den siebenbürgischen Darlehensurkunden befindet sich ein offenbar nach hellenischer Sitte formulirtes *chirographum*³⁾ vom Jahre 162 n. Chr. (Bruns-Mommsen, *fontes*⁵ p. 267), Inhalts dessen Alexander Cari(cci) bekennt, von Ju-

¹⁾ S. über die vielerörterte Stelle Hermann-Blümner, Griech. Privatalterthümer S. 454 Not. 2. Dass hier nicht von einem „Wechsel“ die Rede sein kann, leuchtet ein. — ²⁾ ὅτι ἔλαβε σύμβολον παρὰ βασιλέως τοῦ μεγάλου φιάλην χρυσῆν — πολλῶν γὰρ ἀγαθῶν καὶ ἄλλων καὶ χρημάτων εὐπορήσειν διὰ τὸ σύμβολον ἐν πάσῃ τῇ ἡπείρῃ. — ³⁾ S. auch Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn (1882) S. 97.

lius Alexander 60 Denare empfangen zu haben und deren Rückzahlung nach Kündigung verspricht. Desgleichen verspricht er stipulationsweise vom Tage der Ausstellung ab monatlich 1% Zinsen:

dari Iulio Alexandro e. a. q. e. r. p.

d. h. eive ad quem ea res pertinebit¹⁾).

Die Unbestimmtheit dieser Clausel lässt die Möglichkeit zu, an eine Order- oder gar eine Inhaber-Clausel zu denken. Die Clausel „is ad quem ea res pertinet“ begegnet vielfach und in sehr verschiedener Bedeutung. Die Legalerklärung in l. 70 D. de V. S. (50, 16):

Verba haec „is ad quem ea res pertinet“ sic intelliguntur, ut qui in universum dominium vel iure civili vel iure praetorio succedit, contineatur²⁾

trifft nicht immer zu. Der Satz des Paulus in l. 126 § 2 D. de V. O. (45, 11):

plerumque enim in stipulationibus uerba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est: nunquam personam, nisi expressa sit

gilt so allgemein nur für die römische Conventionalstipulation. Schon die cautio de rato mit der Clausel „— heredemve eius eumve ad quem ea res pertinebit“, bezw. mit der weiteren Clausel „si ille in integrum restitutus fuerit heresue eius aut is ad quem ea res, qua de agitur, pertinebit“³⁾ wird freier behandelt: l. 3 pr. l. 22. § 7. D. rat. rem. hab. (46, 8), vgl. auch l. 33 § 3 mit l. 39 § 1. 2. D. de proc. (3, 3). Desgleichen die Edictsclausel „ei ad quem ea res pertinet“ in l. 9 pr. § 3 D. de bon. auct. iud. (42, 5); die Satisfactionsclausel des arrogator „ad quos ea res pertinet“ in l. 19 D. de adopt. (1, 7); die Edictsclausel für das ius iurandum „neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet“ in l. 7. 8. D. de iureiur. (12, 2);

¹⁾ Die Clausel fehlt in der sonst ähnlichen Urkunde l. 135 pr. § 1 D. de V. O. (45, 1), findet sich dagegen in l. 46 D. (lecta) D. d. R. C. (12, 1) von Paulus: Publio Maevio eive ad quem ea res pertinebit. —

²⁾ Vgl. l. 53 § 1 D. de O. et A. (44, 7). l. 1 § 1. l. 19 § 5. l. 31 § 21 D. de aed. ed. (21, 1), auch (?) l. 3 § ult. D. de contr. tut. (27, 4). —

³⁾ Lenel, edictum S. 423.

die (interpolirte?)¹⁾ Clausel eius ad quem ea res pertinet im interdictum quod legatorum: l. 1 § 11. 14. 15, vgl. l. 1 § 3. 10 „ceteros successores“ § 13: „sive per universitatem sive in rem sit successum“ D. quod leg. (43, 3).

Immerhin lässt sich aus dieser Clausel kein sicheres Ergebniss gewinnen und die allgemeinen Principien des römischen Obligationenrechts stehen der Erstreckung der Verbindlichkeit gegen nichtgenannte Dritte entgegen. Aber wie durch diese Principien sicher nicht die Statthaftigkeit der unvollkommenen Order- und Inhaber-Clausel ausgeschlossen wird, so zeigt das in den Rechtsquellen freilich nicht behandelte, aber im Verkehrsleben häufige Institut der Auslobung, dass nicht schlechthin an der Unbestimmtheit des Gläubigers Anstoss genommen wurde. Denn überall wird die Belohnung dem (unbestimmten) Finder u. dgl. zugesagt: „si quis eum reddere aut commostrare voluerit, accipiet n. M.“, „dixit daturum se denar. M ei qui ad se servum perduxisset“ bis herab zu dem berühmten Hundehalsband „cum revocaveris me domino meo Zonino, accipis solidum“²⁾.

Ist so das Schweigen der Rechtsquellen, bei deren arger Lückenhaftigkeit und Verstümmelung, kein entscheidender Beweis gegen das Vorkommen der für den hellenistischen Quellenkreis sicheren Zusagen an Order oder an Inhaber, so ist doch andererseits möglich, dass, wie aus leicht begreiflichen Gründen die Executivclausel in Wegfall kam, so auch die hellenistischen Ansätze zu Schuldurkunden auf Inhaber und an Order mit der vollen Ausbildung der Cession und Delegation, welche das praktische Bedürfniss sicher befriedigt haben, verkümmert sind. Um so eher, als Cession wie Einkassirungsvollmacht in dem überwiegend urkundlichen Rechtsverkehr der späteren Zeit sich durch formlose Hingabe der Schuldurkunde³⁾ vollziehen konnten, die Delegation aber, wie sich sogleich zeigen wird, indirecte Zuweisungen in umfassendem Maasse ermöglichte.

¹⁾ Lenel, edictum S. 362, Lenel, Palingenesia II col. 801. 802. —

²⁾ Tzschirner, de indole promiss. popul. (Berol. 1869) p. 25 ff. auch Bruns-Mommsen, fontes⁵ p. 273. 274. — ³⁾ l. 44 § 5 D. de leg. I (30). l. 59 D de leg. III (32) u. a. m. Meine Schrift: Studien zum Besitzrecht (Festgabe für R. v. Gneist. 1888 S. 70).

10.

Unbedenklich nämlich in Gebrauch ist die Orderanweisung. Denn das Mandat (iussus, delegatio¹⁾), mittelst dessen sowohl die Creditanweisung wie die Zahlungsanweisung bewirkt wurde, ist eine überaus freie, ganz den Interessen des grossen Verkehrs gemäss ausgebildete Rechtsform.

Der sichere Beweis dafür liegt in einer sehr wichtigen, zwar viel besprochenen, aber, so viel ich sehe, nur von Gide richtig interpretirten, in ihrem Zusammenhang mit der hier interessirenden Lehre nirgends gewürdigten Pandektenstelle, der l. 11 D. de novat. et deleg. (46, 2). Es ist sehr auffallend, dass sogar Thöl, welcher bei seiner durchaus romanistischen Auffassung der Orderclausel ausreichenden Anlass gehabt hätte, unsere Stelle der näheren Prüfung zu unterziehen, auf dieselbe zwar eingeht (Handelsrecht I.⁶ § 333 not. 4 und dazu den Text), aber den entscheidenden Punkt ignorirt.

Ulpianus libro 27 ad Ed.

Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit. Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litiscontestationem.

Basil. XXVI 4, 11: *Ὁ χρεώστης εἰς τόπον αὐτοῦ δίδωσιν ὑπεύθυνον τῷ δανειστῇ ἢ ὅτινι ἐπιτρέψει, ἢ διὰ ἐπερωτήσεως ἢ διὰ προκατάρξεως.*

Dass in dieser Legaldefinition für die classische Zeit das wichtige, „vel per expensilationem“ fehlt²⁾, desgleichen, dass dieselbe insofern zu enge ist, als die Delegation keineswegs nothwendig ein Schuldverhältniss zwischen Delegant und Delegatar voraussetzt³⁾, hat man schon wiederholt mit Recht hervorgehoben.

Desgleichen ist ungenau der Satz „fit autem delegatio u. s. f.“, da durch stipulatio oder litiscontestatio nicht die Anweisung „geschieht“ (fit), sondern vollzogen wird. Es wird, was allerdings auch sonst begegnet, der Ausdruck delegatio auf das ganze, aus Anweisung und Vollziehung der Anweisung

¹⁾ Ueber iussus und mandatum s. insbes. Brinz, Pandekten II² S. 375 Not. 31 S. 222. — ²⁾ v. Salpius, Novation und Delegation S. 78 ff. Gradenwitz, in dieser Zeitschrift N. F. VII S. 297. 298. — ³⁾ Thöl, Handelsrecht I⁶ § 333 not. 4. Brinz, Pandecten II² S. 379 not. 43.

(durch promittere) zusammengesetzte Rechtsgeschäft bezogen ¹⁾).

„Delegare aliquem“ heisst, jemand zu einer Leistung anweisen, synonym mit mandare, iubere, nur specialisirt durch die nothwendige Beziehung auf den Leistungsdestinatär (alicui, d. h. creditori sive alio cuilibet) ²⁾).

Die Anweisung kann mündlich oder schriftlich erfolgen. l. 17 D. h. t. (46, 2): delegare scriptura — debitorem suum quis potest ³⁾).

Hat nun — um bei den Voraussetzungen der l. 11 stehen zu bleiben — Maevius von Titius 1000 zu fordern, so geschieht die Creditanweisung (iussus oder mandatum promittendi) und analog die Zahlungsanweisung (iussus oder mandatum solvendi) dadurch, dass Titius den Sempronius mündlich oder schriftlich ersucht (anweist), er möge die 1000 dem „Maevius vel cui iusserit“ zu zahlen versprechen“ (zahlen) — oder so, dass Titius den Maevius ersucht (anweist), er möge „sich vel cui iusserit“ die 1000 von Sempronius versprechen (zahlen) lassen. Die schriftliche Anweisung in der üblichen Briefform (epistola) ⁴⁾ enthält also die Orderrelausel:

Maevio vel cui iusserit (sc. Maevius) promitti (dari),
etwa in der Form:

Titius Sempronio salutem.

Peto et mando tibi (quaeso etc.), ut M (quae Maevio debeo) Maevio vel cui iusserit (Maevius) dari promittas (des),

ganz wie in der Amorginischen Schuldurkunde a (oben S. 369) die Gemeinde Arkesine zu zahlen verspricht: *Ηραξικληϊ ἡ ὧι ἀγ καλεῖται Ηραξικληϊς.*

¹⁾ Richtiger Seneca de benef. VI 5 § 2: delegatione et verbis perficitur solutio. S. auch Brinz a. a. O. S. 375. — ²⁾ S. auch Gradenwitz a. a. O. und Wölfflin eod. IX, S. 8 ff. — ³⁾ S. auch Mühlenthal, Cession ³ § 4 not. 64. Keller, Litiscontestation und Urtheil S. 90 not. 5. 6. — ⁴⁾ Beläge bei Gneist, Formelle Verträge S. 336—338; die Definition, dass epistola ein „Schuldschein“ in der Form eines Briefes sei, ist freilich viel zu enge. So enthalten z. B., wie Gneist selbst hervorhebt, l. 59 § 5 und l. 62 § 1 D. mand. (17, 1) ein Creditmandat, l. 60 § 4 eod. eine Vollmacht in Briefform. S. auch Bruns, Unterschriften S. 111 ff. (Kleinere Schriften II, S. 97 ff.).

Selbstverständlich ist durch die blosse Anweisung die Zuwendung der 1000 an Maeuius noch nicht vollzogen, daher Titius (Delegant, Assignant) von seiner (etwaigen) Schuld gegen Maeuius (Delegatar, Assignatar) noch nicht liberirt. Diese Rechtswirkung tritt aber ein, sobald Maeuius oder dessen Order (Delegatar, weiterer Assignatar, Indossatar, etwa Seius):

- a) von Sempronius (Delegaten, Assignaten) *periculo suo*¹⁾ die 1000 stipulirt, oder
- b) mit Sempronius deswegen *litem contestirt*, oder
- c) von Sempronius die 1000 (direct oder indirect) gezahlt empfängt.

Wenn Seius, die Order des Maeuius, stipulirt, so würde dies in der Form geschehen:

Seius: *M quae Titius Maeuio debet, dare mihi spondes? (mihi dabis etc.)*

Sempronius: *Spondeo (dabo etc.).*

Im Falle c ist die beabsichtigte Zuwendung definitiv realisirt. In den Fällen a und b ist Sempronius dem Maeuius (oder dessen Order Seius) unmittelbar obligirt, wie ein Wechselacceptant, und kann daher principiell gegen Maeuius (Seius) nicht aus den Valuta- oder Deckungsverhältnissen excipiren:

*quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor (Maeuius bzw. Seius) potest, quid inter eum qui delegatus est (Sempronius) et debitorem (Titium) actum est, aut etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur: et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris*²⁾.

Durch Realisirung der Anweisung wird eine doppelte Vermögenszuwendung bewirkt, des Deleganten an den Delegatar und des Delegaten an den Deleganten: l. 180 D. de R. J. (50, 17). l. 56. 64 D. de solut. (46, 3). l. 13 § 12 D. de don. int. vir. et ux. (24, 1). l. 2 § 2 D. de donat. (39, 5) u. a. m.³⁾.

¹⁾ S. unten S. 394. — ²⁾ l. 19 D. de novat. (46, 2). Thöl, Handelsrecht I* S. 336. Schlesinger, Die Unanfechtbarkeit der Delegationsstipulation S. 8 ff. v. Salpius a. a. O. S. 119 ff. Brinz II² S. 380 ff. Windscheid, Pandekten II* § 355 not. 6 ff. — ³⁾ v. Salpius

Durch Hinzufügung der Orderclausel erhöht sich die Zahl der Vermögenszuwendungen, indem nun der Delegatar (Mae-vius) seiner Order (dem weiteren Delegatar, Seius) eine Leistung zuwendet; es ist möglich, dass die Order (Seius) einen weiteren Leistungsempfänger bezeichnet u. s. f.

Das Quellenmaterial ist zwar nicht überall vollkommen deutlich, aber doch ausreichend:

l. 9 D. de cond. c. d. (12, 4): Jemand will einer Frau schenken und verspricht auf deren Weisung (iussu eius) an deren Bräutigam.

l. 36 D. de iure dot. (23, 3): Der Schuldner einer Ehefrau verspricht iussu eius dem Ehemann derselben.

l. 5 § 3 D. de donat. int. vir. et ux. (24, 1): si debitor viri iussu mariti uxori promiserit. Vgl. l. 2 § 1—4 D. de donat. (39, 5). l. 7 pr. § 1 D. de doli m. exc. (44, 4). l. 33 D. de novat. (46, 2). l. 64. 66. 108 D. de solut. (46, 3).

Näher Gaius l. 31 § 3 D. de m. c. donat (39, 5):

Si iusseris — mortis causa (mihi daturus?) debitorem tuum mihi aut creditori meo expromittere decem —. Wie nun, wenn der debitor zahlungsunfähig ist? Habe ich stipulirt, so bin ich bezahlt, soweit der Schuldner zahlungsfähig war; hat mein Gläubiger (meine Order) stipulirt, so: tantam pecuniam videri me accepisse, in quantum a creditore meo liberatus sum.

Iulian. l. 18 § 1 D. eod.:

Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaueris, omnino capere videor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero. quod si ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor soluendo fuerit —.

Marcian l. 49 D. de solut. (46, 3):

— sed si iussu eius (creditoris) alii soluatur vel creditori eius vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat —

Papinian l. 96 pr. D. eod.:

Pupilli debitor tutore delegante pecuniam credi-

tori tutoris soluit: liberatio contingit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur.

Julian (Ulpian) l. 9 § 8 D. de R. C. (12, 1):

— cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio (z. B. dem Bankier) poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro —

vgl. l. 15. 30 eod. l. 34 D. mand. (17, 1). l. 19 § 5 D. ad S. C. Vellej. (16, 1).

Zwei gleichzeitige Deleganten (pater et filius): ei promittendum fuit, cui uterque iusserit. l. 2 § 1 D. sol. matr. (24, 3). —

In der Regel wird von den Interpreten auf die Clausel „vel cui iusserit“ in l. 11 D. de novat. nicht näher eingegangen oder dieselbe wird gründlich missverstanden. Thöl I⁶ § 333 übersetzt die Clausel „vel cui iusserit“ dahin: dass der Delegant demjenigen, der sein Gläubiger ist, „oder werden soll“, statt seiner einen neuen Schuldner stellt. Ob mit den hervorgehobenen Worten die Order (der weitere Delegatar) bezeichnet werden soll, ist nicht ersichtlich.

v. Salpius S. 87 vertheidigt die in unserer Stelle gegebene Definition der delegatio und bemerkt sodann: Die Worte „vel cui iusserit“ werden gewöhnlich (?) bezogen auf den complicirten Fall einer gleichzeitig ausgeführten doppelten Delegation, von dem Deleganten an den creditor, von diesem an einen Dritten, so dass ergänzt wird, cui „creditor“ iusserit, nämlich reum dari. Eine viel näher liegende Beziehung gewinnen die Worte aber, wenn man ergänzt cui (non creditori) delegans iusserit promitti. Der Fall wird so gedacht, dass der Delegatar nicht Gläubiger des Deleganten ist, der Delegant also fremden Credit statt seines eigenen giebt. — Diese Auslegung findet sich auch bei Aelteren, insbesondere Duaren. Sie ist aber unmöglich. Denn in unserer Stelle ist der Delegant stets Schuldner des Delegatars, nur darf der Delegatar sich einen anderen (weiteren) Delegatar substituiren. Natürlich erfolgt nicht gleichzeitige Doppeldelegation, noch weniger Ausführung zweier Delegationen. Vielmehr hat der Delegant (Titius) es in das Belieben des Delegatars (Maevius) gestellt, ob derselbe vom Deleganten (Sempronius) die Zahlung der 1000 sich (Maevio) oder einem andern statt seiner (einem belie-

bigen, etwa dem Seius oder dem Publius oder wem er sonst will) versprechen lassen will; vollzogen (ausgeführt) wird die Delegation (das angenommene *mandatum promittendi*) dadurch, dass Sempronius Zahlung verspricht, dem Maevius oder, falls dieser es verlangt, einem andern (dem Seius oder Publius oder —).

Salkowski, *Novation* S. 121, not. 44, ergänzt richtig creditor, meint aber, A (Titius) weise den B (Sempronius) an, dem C (Maevius) zu promittiren, was D (Seius), Gläubiger des A, dem C schuldet. Eine solche Anweisung ist zwar möglich, aber in unserer Stelle nicht enthalten. Es ist nicht nothwendig, dass dem C promittirt wird, sondern es kann auf Verlangen des C direct dem D promittirt werden, und es ist nicht nothwendig, dass D Schuldner des C, noch dass D Gläubiger des A ist. Von alledem enthält unsere Stelle nichts.

Ganz wunderlich übersetzt unsere Stelle C. Danz, *Die Forderungsüberweisung* — mit anscheinender Zustimmung Dernburg's, *Pandekten*² II § 59 not. 7: „Eine Delegation liegt vor, wenn ein Schuldner an seiner Stelle seinen Gläubigern einen andern Schuldner giebt oder wenn ein Gläubiger an seiner Statt seinem Schuldner einen anderen Gläubiger giebt.“ Das *vel cui iusserit* heisse so viel wie „*vel debitori*“ und es sei zu lesen: *vel (reum dare ei debitori) quem (delegans) iusserit*. Mir scheint hier Missverständniss auf Missverständniss gehäuft und durch willkührliche Hineintragung des zweiten Falles der Delegation (Delegation seitens des Gläubigers) der Sinn der Stelle völlig verdunkelt.

Das Richtige meint vielleicht Gradenwitz a. a. O. S. 298 „Man kann nicht bloss dem Gläubiger einen Mann stellen, sondern ebenso einen Vierten, an den der Gläubiger den Mann weist“ — aber es scheint doch das Missverständniss unterzulaufen, dass von vornherein die Person des „Vierten“ bestimmt sein müsse, womit die so werthvolle Orderclausel nahezu allen praktischen Werth für den Delegatar einbüßen würde.

Auf Gide, *études sur la novation* (Paris 1879), komme ich sogleich zurück.

11.

Die vorstehenden Ausführungen dürften ergeben haben, dass das hellenische Recht, sicher das spätere, die Schuldverschreibung an Order oder an Inhaber, wenigstens mit alternativer Order- oder Inhaber-Clausel kannte.

Aus Plautus erhellt, dass im zweiten Jahrhundert vor unserer Zeitrechnung, anscheinend auch im römischen Geschäftsleben, die briefliche Anweisung mit der einfachen Inhaberclausel vorkam, aber anscheinend nur als unvollkommenes Inhaberpapier.

Für die Schuldverschreibung mit Inhaber- oder Orderclausel findet sich in römischen Quellen kein sicherer Anhalt; ganz sicher dagegen ist die (mündliche oder schriftliche) Anweisung mit der Orderclausel.

Es ist ferner nicht abzusehen, warum nicht die „Order“ (Seius) weitere „Order“ ertheilen könnte, sowohl zum Zahlen wie zum Promittiren, es ist also eine Kette von Ueberweisungen denkbar, wie mittelst des heutigen (indossirten) Orderwechsels und im heutigen wie mittelalterlichen Scontroverband. Dies bemerkt auch zutreffend Gide a. a. O. p. 439 ff., indem er l. 11 de novat. richtig von der successiven Delegation versteht und die Bedeutung der Delegation für den römischen Creditverkehr richtig würdigt. Um so auffallender ist dann freilich, dass Gide, nach Schilderung der heutigen Orderclausel p. 437, 438 bemerkt: „une clause bien simple en apparence, mais que tout le génie des jurisconsultes romains n'avait pas su inventer“!

Es versteht sich von selbst, dass die complicirten Creditoperationen, im Alterthum vielleicht noch mehr als in der Gegenwart, sich vorzugsweise mittels des hoch ausgebildeten Bankwesens vollzogen. Der Ueberweisungsverkehr wird sich vorzugsweise gegenüber oder gar zwischen Bankiers bewegt haben. Jeder anständige, nicht völlig unbemittelte Grieche und Römer hatte so gut seinen Bankier wie der heutige Engländer; durch ihn zahlte er und cassirte er ein, ihm überwies er seine ausstehenden Forderungen und Schulden u. s. f.¹⁾

¹⁾ Was M. Voigt, Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer (1887) S. 13—15 das „Ordergeschäft“ nennt, ohne die Orderclausel zu erwähnen.

In den Händen bzw. Büchern der Bankiers concentrirte sich so die Masse der ausstehenden Geschäftsforderungen und da sie selbstverständlich unter einander in fortlaufenden Geschäftsbeziehungen standen, so müssen sie auch ihre Conten durch regelmässige Abrechnungen ausgeglichen haben.

Ist so der Delegatar (Maevius) Bankier, so lässt er selbstverständlich das Zahlungsversprechen bzw. die Zahlung durch den Delegaten (Sempronius) an denjenigen leisten, welchem er eine Zahlung zuweisen will: an einen Kunden, welchem er zahlen, creditiren will, an den Bankier dieses Kunden u. s. f. Das Zahlungsversprechen bzw. die Zahlung wird natürlich nur einmal geleistet; dass etwa der Delegat (Sempronius) „an Order“ promittirt, ist nach Obigem wenig wahrscheinlich.

Setzen wir an Stelle der promissio (Stipulation bzw. Stipulationsurkunde: cautio) nach classischem Recht die expensilatio, so wird der Delegatar (Maevius), welcher mit dem Delegaten (Sempronius) in Geschäftsverbindung steht, die 1000 entweder sich oder seiner Order (Seius — vielleicht der weiteren Order des Seius) transscribiren lassen: a persona in personam, und es können auf weitere Order des nunmehrigen Buchgläubigers (Seius etc.) weitere Uebertragungen in den Bankbüchern erfolgen: Gaius III, 130.

Durch die promissio an oder die transcriptio auf (Maevius bzw.) Seius wird Sempronius diesem obligirt: verbis oder literis. Wird der Delegat (Titius) dadurch gegenüber dem Delegatar Maevius (falls er dessen Schuldner ist), bzw. wird der Delegatar (Maevius) dadurch gegen seine Order Seius (falls er dessen Schuldner ist) liberirt? Entscheidend ist, ob Maevius bzw. Seius suo periculo¹⁾ die Zusage (promissio, transcriptio) des Sempronius entgegennimmt, oder ob dies nicht der Fall ist.

Paulus. l. 26 § 2 D. mand. (17, 1):

¹⁾ Ob das „suo periculo“ im Zweifel subintelligirt wurde, insofern also die promissio des Delegaten als Baarleistung des Deleganten galt, ist freilich zweifelhaft, und es dürfte diese reine Auslegungsfrage von den classischen Juristen selbst verschieden beantwortet worden sein — im Bankverkehr wahrscheinlich bejahend. Ueber die Streitfrage s. Windscheid, Pandekten II⁶ § 412 not. 17, § 500 not. 9 und Cit.

quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum.

vgl. Paulus. l. 22 § 2 eod.:

cum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat.

Vollzieht sich die promissio bzw. transscriptio auf Gefahr des Delegatars, so besteht die Möglichkeit der Scontration, welche bekanntlich seit den mittelalterlichen Wechseln in immer steigendem Maasse zur Ausgleichung der Schulden des grossen Geschäftsverkehrs dient. Denn ihr einfacher Grundgedanke ist, dass unter den Mitgliedern des Scontroverbandes — und in einem solchen können sehr wohl römische wie griechische Bankiers gestanden haben, man denke nur an deren Organisation in Constantinopel noch zur Zeit Justinians: Nov. 136. Ed. Justin. VII. IX. — jedes gleich gut ist, sich daher die Ueberweisung jedes anderen Mitgliedes dieses Verbandes als Schuldner gefallen lassen muss¹⁾. —

Endlich ist zu erwägen, dass zwar ein formlos statthaftes constitutum zur Vollziehung der Delegation nicht genügte²⁾, dass aber im späteren römischen Recht die promissio (das Stipulationsversprechen) überwiegend urkundlich mit beigefügter Stipulationsclausel geschah und dass sogar der Gegenbeweis unterlassener Stipulation gegen die Stipulationsurkunde (cautio) beschränkt, schliesslich nahezu ausgeschlossen wurde³⁾. In dem so überwiegend schriftlichen Geschäftsverkehr schon der classischen Zeit musste die Orderclausel der Anweisung eine wichtige Rolle spielen.

Ob all dies sich im Bankverkehr nicht noch einfacher mittelst des receptum argentarii gestaltet hat, lässt sich bei der Lückenhaftigkeit unserer Ueberlieferung nicht feststellen. Dass dieses schneidige Institut nicht mehr zu dem leitenden Gedanken des byzantinischen Wirtschaftslebens passte, ist freilich zuzugeben, und Justinian motivirt denn auch dessen Abschaffung, l. 2 C. de const. pec. (5, 31), in ähn-

¹⁾ Mein System des Handelsrechts im Grundriss² (1889) S. 178. — ²⁾ S. auch Lenel, Palingenesia iuris civilis II col. 579 not. 5. — ³⁾ l. 14 C. de contr. stip. (8, 37). Gneist a. a. O. S. 243 ff. Vgl. Brunner, Zur Rechtsgeschichte der Urkunde S. 54. 60 ff. und Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte I S. 779 ff. 800 ff. 995 ff. 1101.

licher Weise, wie das heutige Wechselinstitut von manchen wenig verständigeren Gegnern bekämpft wird.

Höchst fragmentarisch ist unser Wissen von dem grossen Geschäftsverkehr der classischen Zeit und nur mühsam vermögen wir aus zufälligen Ueberlieferungen, sowie aus den durch die Compiler arg verstümmelten Juristenschriften, welche ohnehin durch ihre abstracte Fassung die thatsächliche Unterlage der Geschäftsverhältnisse nur zu häufig verdecken, ein sicheres Bild von dem Verkehrsrecht dieser Blüthezeit zu gewinnen. Nicht einmal so viel ist zu ersehen, ob das spätgriechische Recht mit seinen die Inhaber- bezw. Orderclausel enthaltenden Schuldurkunden, etwa auch mit der Executivclausel¹⁾, mindestens im hellenistischen Osten noch in späterer Zeit als Bestandtheil eines vorwiegend auf altem Handelsgebrauch beruhenden „Vulgarrechts“ Geltung bewahrt, vielleicht gar weitere Verbreitung gefunden hat. —

Dem antiken Wechselbrief, dessen Spuren noch mehr verdunkelt sind, muss, wie schon im Eingange bemerkt ist, eine besondere Untersuchung zu Theil werden.

¹⁾ Dass solche vorkam, zeigt das *pactum de ingredienda possessione*: l. 3 C. de pign. (8, 14) von Severus und Antoninus. S. über die Stelle Dernburg, Pfandrecht II S. 327 und Wach, Arrestprocess I S. 57 ff.

Litteratur.

P. F. Girard, les actions noxales. Paris 1888. 69 pp. (Extrait de la nouvelle revue historique de droit français et étranger.)

Hauptzweck des Verfassers ist, Grund und Ursprung (le fondement) der römischen Noxalklagen aufzuklären. Unmittelbar ist diesem Zwecke freilich nur das zweite, kürzere Kapitel gewidmet, während das erste, um für jenes den Grund zu legen, eine allgemeine Uebersicht über das Recht der Noxalklagen, ihre Wirksamkeit (le fonctionnement) bietet. Hier bespricht der Verfasser zunächst les sources des actions noxales und versteht darunter in erster Linie die Handlungen, aus welchen sie hervorgehen: Delicte der Menschen und — im Bewusstsein des Uneigentlichen dieser Wendung — der Thiere, in zweiter die Rechtsquellen, durch welche jene Handlungen mit solcher Wirkung ausgestattet sind: XII Tafeln, lex Aquilia, andere leges, prätorisches Edict. (I). Sodann werden die conditions d'existence der Noxalklagen betrachtet, d. h. diejenigen Nebenumstände, welche ausser der rechtsverletzenden Handlung vorliegen müssen, damit diese zu einer actio noxalis führt. G. formulirt diese Bedingungen dahin. Der Verletzte darf den Thäter bis zur Litiscontestatio nicht in seiner potestas gehabt haben, sonst findet keine actio statt, der Thäter darf zur Zeit der Litiscontestatio nicht sui iuris sein, sonst ist die a^o nicht noxal, endlich muss zur Zeit der Litiscontestatio ein dritter den Thäter in seiner potestas haben, sonst kommt es statt zur a^o noxalis zur ductio. Potestas im Sinne dieser Sätze ist die rechtliche potestas (auch manus und mancipium) verbunden mit der thatsächlichen Verfügungsgewalt (II). Endlich erörtert G. den Gegenstand (l'objet) der Noxalklagen. Juristisch ist die Obligatio eine alternative, sowohl nach der Fassung der Gesetze und der Formula — alternative Intentio —, wie den Aussprüchen der Juristen, deren bald die noxae deditio, bald die litis aestimatio als Obligationsgegenstand betonende Aeusserungen man so zusammenfassen muss. Genauer betrachtet, treten alle drei denkbaren Constructionen der a^o noxalis im Laufe ihrer Durchführung zu Tage. Vor der Litiscontestatio hat sie praktisch die Wirkungen einer Obligatio, bei welcher lediglich die noxae deditio in obligatione, die Geldleistung in solutione ist; denn

durch Unmöglichkeit der *deditio* wird die Verpflichtung aufgehoben. Von der *Litiscontestatio* an ist die Obligation alternativ, weil der Verpflichtete das eine oder das andere leisten kann, aber durch die Unmöglichkeit der *noxae deditio* nicht befreit wird. Nach dem Urtheil endlich ist nur die Urtheilssumme Obligationsgegenstand, die *noxae deditio* bietet nur dem Verurtheilten bis zur Anstellung der *aº iudicati* eine Möglichkeit, sich zu befreien (III).

Im zweiten Kapitel wird die ältere Theorie, dass der Gewalthaber auf Grund eigenen Verschuldens hafte, ebenso wie die, dass er das schuldige Individuum wegen seiner Processunfähigkeit zu vertreten habe, zurückgewiesen (S. 42 ff.). Hierauf erfährt die von Dirksen und Ihering begründete Auffassung, welche die Noxalklagen auf die Privatrache zurückführt, in der *noxae deditio* ältester Zeit die Auslieferung des schuldigen Hauptes durch den Gewalthaber an den Verletzten zum Zwecke des Vollzuges der Rache erblickt, Billigung und, da sie in Frankreich oft missverstanden sei, nähere Darlegung (S. 47 ff.). Den Schluss bildet eine rechtsvergleichende Uebersicht mit dem Ergebniss, dass sich das System der Noxalklagen in seinen Grundzügen überall wiederfinde, wo man den Rachestandpunkt im Recht noch nicht ganz überwunden habe, nicht bloss in den dem römischen verwandten, griechischen und germanischen Rechten, sondern auch — zum Beweise, dass es sich um eine von einer gewissen Entwicklungsstufe untrennbare sociale Erscheinung handle — bei africanischen Völkerschaften. Dort habe man sogar eine den römischen Juristen congeniale Erfindung gemacht, indem man die wirkliche oder in mehr oder weniger verblasster Form symbolisirte Begehung eines Delicts gegen denjenigen, den der Sklave zum Herrn zu haben wünscht, als berechtigtes Mittel, den Eigenthümer zu wechseln, anerkenne (S. 62 ff.).

Dies in kurzen Zügen der Gedankengang der Arbeit. Ohne den raschen Fortschritt derselben zu stören, hat G. verstanden, namentlich in reichhaltigen Anmerkungen, eine Fülle von Detailfragen zur Erörterung zu bringen. Er arbeitet mit gediegener Kenntniss der Quellen und der Litteratur, insbesondere der deutschen, welche die meisten Bausteine geliefert hat, doch ohne dass der Verfasser sich die Selbstständigkeit der Nachprüfung rauben liesse. Die Darstellung ist lichtvoll und elegant. Zu Einzelheiten gestatten wir uns folgende Bemerkungen.

Mit Recht wird S. 8 f. ¹ ausgeführt, dass, wenn die *noxae deditio* bei Contractsklagen erwähnt werde, es sich um Contracte des Herrn, nicht des Gewaltuntergebenen handle. Wie nämlich überhaupt, wenn gleich nicht streitlos, anerkannt sei, dass ein Delict, begangen im Rahmen eines Contractsverhältnisses, Delicts- und Contractsklage neben einander begründe, so könne auch, wenn ein Sklave das Delict begangen habe, der Herr mit der Contractsklage in Anspruch genommen werden, vorbehaltlich der *noxae deditio*, wenn er nicht an dem Delict mitschuldig sei. Was aber G. von Schwankungen in der Auffassung der Classiker über diesen Punkt angiebt, ist nur zum geringeren Theil richtig. Ulpian soll in f. 11 pr. D. 19, 2 die *noxae deditio* ausschliessen, in f. 27 § 11 D. 9, 2

zulassen. Desgleichen sind nach G. en désaccord sur l'application de la noxalité à l'action de tel ou tel contrat Julian (f. 62 [61] § 5 D. 47, 2) mit Neratius (f. 26 § 7 D. 17, 1) in Bezug auf das Mandat, und mit sich selbst (f. 31 D. 13, 7) in Bezug auf das Depositum. Wir vermögen aber den angeführten Stellen nur völliges Einverständniss der Juristen darüber zu entnehmen, dass dem unschuldigen Herrn die noxae deditio freisteht, dem Mitschuldigen nicht. Nur über die Frage, wann Mitschuld anzunehmen ist, erweist sich Julian — denn er ist es allerdings, der bei African f. 62 cit. spricht, — gegen den Mandanten und DepONENTEN strenger als (Neratius und?) Paullus (f. 26 § 7 cit.) und strenger als er selbst in einem augenscheinlich ungenaueren kurzen Referat Africans (f. 31 cit.) erscheint.

Soviel die Passivlegitimation angeht, kann man für die classische Zeit sagen: grundsätzlich haftet der juristische Besitzer, gleichviel, ob er Eigenthümer ist oder nicht, und letzteren Falls, ob er in gutem oder bösem Glauben besitzt (f. 11 [Ulp.] f. 13 [Gai.] D. 9, 4), aber nur, wenn sein Besitz von der Art ist, dass er die thatsächliche Möglichkeit der Auslieferung gewährt, was z. B. bei dem flüchtigen oder verreisten Sklaven nicht der Fall ist (f. 22 [Paull.] f. 21 § 3 [Ulp.] eod.). Wenn aber G. (S. 19 ff.) dies so ausdrückt: die Haftung knüpfte sich an die potestas in einem Sinne, welcher ein juristisches Element, nämlich das Eigenthum, wiewohl in etwas verändertem Begriffe (*notion un peu altérée*), und zugleich die thatsächliche Gewalt umfasse, so acceptiren wir zwar gern, dass der juristische Besitz am Sklaven ein Rechtsverhältniss ist; allein, ihn ein „etwas verändertes“ Eigenthum, eine „etwas veränderte“ potestas dominica nennen, ist doch zuviel gesagt.

Uebrigens erheben sich hier mancherlei verwickelte Einzelfragen, die der Verfasser nur zum kleineren Theil behandelt. Eine genauere Kritik (S. 19 ff.³) erfährt dabei Lenels (Edict S. 124 ff. XIII) Auffassung über das Edict: *si is, in cuius potestate esse dicetur, negabit se in sua potestate servum habere cet.* (f. 21 § 2 D. 9, 4). Lenel nimmt an, dass die gewöhnliche interrogatio in iure bei Noxalklagen dahin ging, ob der Sklave Eigenthum des Beklagten sei: *an servus eius sit*, weil nach *ius civile* nur der Eigenthümer die Befugniss hatte, ihn ohne *satisfactio* zu defendiren, und dass, wenn der Beklagte diese Frage bejahte, aber sich darauf berief, dass er den Sklaven nicht in seiner thatsächlichen Gewalt habe, nach Wahl des Klägers entweder Eideszuschreibung über diesen Punkt in der im Edict näher vorgesehenen Weise oder Anordnung eines *iudicium* ohne noxae deditio erfolgte, in welchem der Kläger siegte, wenn er bewies, dass der Beklagte die thatsächliche Gewalt hatte, oder *dolos* aufgegeben hatte. Jene Erklärung des Beklagten über die thatsächliche Gewalt ist nach Lenel Bestreiten einer gegnerischen Behauptung, nicht Antwort auf eine (zweite) interrogatio in iure. Dies alles ist von Lenel sehr wahrscheinlich gemacht, und jedenfalls sind die Angriffe, welche G. dagegen richtet, u. E. verfehlt. G. will nur die interrogatio in iure anerkennen: *an servum in potestate habeat*, in dem Sinne: ob der Beklagte die rechtliche und thatsächliche Gewalt

habe; die Frage: an servus eius sit, von welcher die Quellen reden, sei nur ein anderer Ausdruck für dasselbe. Allein einerseits ist doch wohl zweifellos, dass die letztere Frage die thatsächliche Gewalt nicht mitbetreffen kann; andererseits ist das negare se in sua potestate habere des Edicts sicher eine Erklärung nur über diese. Das beweist zunächst Ulpian's Definition in f. 21 cit. § 3: 'in potestate' sic accipere debemus, ut facultatem et potestatem exhibendi eius habeat. Denn dieser Doppelausdruck bezeichnet nur die thatsächliche Gewalt und ist keineswegs, wie G. will, gewählt, um rechtliche und thatsächliche neben einander zu stellen. Auch f. 215 D. 50, 16 fügt sich der letzteren Auslegung nicht, sondern Paulus hebt dort gerade im Gegensatz zu der gewöhnlichen Bedeutung von potestas: in persona servi dominium, hervor, dass sie im Sinne unseres Edicts nur die thatsächliche Gewalt bezeichne: at cum agimus de noxae deditione cum eo qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus. Zu dem gleichen Ergebniss führen alle Erörterungen in f. 21 cit. sqq., welche lediglich über Vorhandensein oder Fehlen der thatsächlichen Gewalt als entscheidend für Existenz oder Nichtexistenz der potestas im Sinne des Edicts handeln. Paulus (f. 26 §§ 2. 4) und Gaius (f. 23) setzen das in potestate habere geradezu dem possidere, der possessio gleich; Ulpian (f. 21 § 5) verlangt den Eid: in potestate domini non esse, was denn doch nur als eidliches Leugnen der thatsächlichen Gewalt Sinn hat, ebenso wie es auf eine Erklärung des — unstreitigen — dominus über die thatsächliche Gewalt bezogen werden muss, wenn Paulus (f. 22 §§ 3. 4) sagt: dominus qui servum in sua potestate esse confitetur und: si negavit dominus in sua potestate esse servum. Auch f. 24 (Paul.) enthält nicht, was G. darin sucht. Denn wenn als solcher, qui dolo fecit quominus in potestate haberet, sowohl derjenige haftet, welcher seinen Sklaven auf die Flucht geschickt, wie derjenige, welcher ihn veräussert oder freigelassen hat, so folgt daraus nicht, dass potestas die rechtliche und thatsächliche Gewalt zugleich bezeichne, sondern umgekehrt, dass es lediglich auf die — mit Freilassung und Veräusserung verbunden zu denkende — Aufgabe der letzteren ankommt, gleichviel ob damit zugleich ein Verlust der rechtlichen potestas gegeben ist oder nicht. Endlich mit der conséquence rigoureusement impossible à laquelle mènerait le système de M. Lenel, ist es nicht so schlimm. Gemeint ist der Fall, dass der besitzende Nichteigenthümer die Frage: an servus eius sit, wahrheitsgemäss verneint. Werde nun iudicium sine noxae deditione gegeben (f. 1 § 15 D. 9, 1), so werde der Kläger abgewiesen, da er das Eigenthum des Beklagten nicht beweisen könne. Allerdings; aber der Kläger hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er diesen verkehrten Weg betritt, auf den ihn Lenel's Ansicht (vgl. S. 125) nicht drängt. Er muss in solchem Falle, je nach weiterer Beschaffenheit der Umstände, die Noxalformel oder die ductio servi zur Hand nehmen.

Misslungen ist u. E. auch der Versuch (S. 22 ff.), den Widerspruch Ulpian's in f. 27 § 3 D. 9, 2 mit der sonstigen Ueberlieferung dahin zu erklären, dass gerade die a^o legis Aquiliae noxalis ganz ausnahms-

weise gegen den Eigenthümer, nicht den Besitzer, und selbst gegen den Eigenthümer des flüchtigen Sklaven gegangen sei. Die *lex Aquilia* habe wahrscheinlich, so wird ausgeführt, um einen präzisen Ausdruck, 'excluant les complaisances d'interpréteur' zu wählen, die *aº* gegen den Eigenthümer, herus in ihrer sonst bezeugten Sprache (f. 11 § 6 D. 9, 2), gegeben, und deshalb hätten die Interpreten die Auffassung, dass derjenige hafte, welcher die *potestas exhibendi* habe, auf das Delict der *lex Aquilia* nicht anwenden können, „pour lequel par un pur hasard de rédaction les verba legis leur opposaient une résistance insurmontable.“ Wir müssen freilich gestehen, dass wir eine ganz befriedigende Erklärung der befremdlichen Aeusserung Ulpian's, der noch dazu sich auf Julian und Marcellus beruft, nicht kennen; aber dass die römischen Juristen ohne jeden ersichtlichen sachlichen Grund die Noxalklage aus der *lex Aquilia* in einem wesentlichen Punkte ganz anders behandelt haben sollten als die übrigen, lediglich aus Respekt vor einer redactionellen Zufälligkeit, passt zu der Art, wie sie ihre Texte, insbesondere die *lex Aquilia* in Bezug auf den objektiven Thatbestand und — trotz des Wortes herus (f. 11 § 6 cit.) — in Bezug auf den Klageberechtigten behandelten, ganz und gar nicht.

Der Einfluss der *Litiscontestatio* ist im allgemeinen richtig gewürdigt (S. 27 ff.). Unrichtig aber sind die Fälle dargestellt, wo der Delinquent *statu liber* oder bedingt einem dritten vermacht ist, und die Bedingung nach der *Litiscontestatio* eintritt. G. meint, in diesen Fällen bleibe die *aº* gerade so bestehen, wie wenn der Beklagte den Sklaven nach der *Litiscontestatio* veräussert habe. Denn f. 14 § 1 D. 9, 4 (Ulp.), wonach der Beklagte absolvirt werde, empfangt sofort seine nähere Erklärung aus f. 15 eod. (Gai.), welches die *translatio iudicii* gegen den Freigelassenen vorschreibe, „et qui démontre par conséquent que l'action à transférer existe toujours“ (S. 27). Allerdings besteht sie noch; aber doch nicht mehr, wie bei freiwilliger Veräusserung, zu Lasten des bisherigen Beklagten. Das Eigenthümliche der in Rede stehenden Fälle liegt darin, dass der Grund zum Verlust der Gewalt des Beklagten bereits vor der *Litiscontestatio* gelegt ist, ebenso wie in dem von f. 14 § 1 cit. hinzugefügten dritten Falle, dass geklagt ist wegen eines Sklaven, dem *fideicommissarisch* die Freiheit vermacht, und der nach der *Litiscontestatio* freigelassen ist. Dies ist der Grund, warum hier der Beklagte absolvirt werden soll, allerdings nicht schlechthin, sondern *arbitrio iudicis*, z. B. nur gegen Zahlung dessen, was etwa der *statu liber* dem beklagten Erben zur Erfüllung der Bedingung — es sei denn aus dem *peculium* — gezahlt hat (f. 62 [61] § 9 D. 47, 2 [Jul. ap. Afric.]). Der Kläger braucht es aber zum Verlust seines Rechts durch solche Absolution nicht kommen zu lassen, sondern kann *translatio iudicii* gegen den Freigelassenen und zweifellos auch gegen den Legatar erwirken.

Für die von Lenel (Edict S. 154 ff.) nachgewiesene alternative *Intentio* der Noxalklagen, zunächst der *aº de pauperie*: aut noxiam sarcire aut noxae dedere oportere, glaubt G. (S. 38) einen neuen und

besseren Beleg in Händen zu haben in Gestalt der *lex Rubria c. 22*, welche die alternative *Confessio: obligatum se eius rei noxiae esse* in dem Sinne erwähne, dass der Beklagte bekenne, zur Zahlung der *Litisaestimatio (rei)* oder zur *noxae deditio (noxiae)* verpflichtet zu sein. Allein *noxiae obligatum esse* heisst nicht dies, sondern: für dieses Delict oder diesen Delictsschaden haften, und zwar allerdings wohl mit besonderer Beziehung auf Noxalklagen; denn in Bezug auf Delicte Gewaltuntergebener und auf Thierschaden wird bekanntlich vorzugsweise *noxia* gebraucht. *Eius rei obligatum esse* heisst ganz unbestimmt: in dieser Sache, für diese Sache haften, und bezieht sich ebenfalls auf Delictsklagen, zu denen die *lex Rubria* schon vorher gelangt. Es handelt sich nicht um eine alternative *confessio* — wovon freilich auch Demelius in seiner von G. mit Recht zurückgewiesenen Erklärung (*Confessio* S. 150) ausgeht —, sondern um zwei verschiedene, wie denn die wortreiche *lex Rubria* in jenem Kapitel eine ganze Reihe verschiedenartiger *Confessionen* mit Alternativpartikeln aneinanderreihet. So wenig man namentlich berechtigt sein würde, die vorangehenden Worte: *dare facere praestare restituere oportere* als eine *Confessio* zu betrachten, welche das alles neben einander enthält, so wenig ist dies bei dem *eius rei noxiae esse obligatum esse* begründet.

In Bezug auf die Natur der Obligation hat G. zwar darin ganz Recht, dass weder das Schema der Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners, noch dasjenige der Obligation mit s. g. *facultas alternativa* ohne Modification auf die Noxalklagen Anwendung findet. Aber der Versuch G.s (S. 41), die drei möglichen Auffassungen der Reihe nach zur Geltung zu bringen, ist nicht haltbar. Vor allem: die Obligation ist nicht juristisch alternativ, wenn sie es nicht schon vor dem Prozesse ist. Denn für die Bestimmung der juristischen Natur eines Rechtsverhältnisses kommt es zunächst auf den Zustand ausserhalb des Processes an. Das Wesen, welches es hier zeigt, ist entscheidend für seine Schicksale im Process. Wäre also bei der Noxalobligation vor dem Process nur die Deditio in obligatione, die Geldleistung in solutione, so könnte auch nur auf die Deditio geklagt werden. Läge eine reine Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners vor, oder nähme auch nur, wie G. will, das Rechtsverhältniss nach der *Litiscontestatio* diese Natur an, so müsste der Richter für die Zwecke der Geldcondemnation das Deditionsobjekt schätzen, die Summe mit der der Delictschuld vergleichen und auf das mindere verurtheilen; denn anders kann sich im Formularprocess bei Alternativobligationen mit Wahlrecht des Schuldners die Sache nicht gestalten haben. Folgte endlich die Noxalobligation rein den Grundsätzen der Obligation mit *facultas alternativa* in dem Sinne, dass die Geldsumme in obligatione, die *noxae deditio* in solutione wäre, so müsste die Befugniss zu dieser mit der *Litiscontestatio* verloren gehen (f. 57 pr. D. 46, 3 [Ulp.]; Baron, adjectic. Klagen S. 57). Und wollte man auch sagen, hier liege eben eine *facultas alternativa* vor, welche bis zur *Litiscontestatio* über die *actio iudicati* fort dauere (f. 6 § 1 D. 42, 1. f. 20 § 5 D. 5, 3 [Ulp.]) oder mit G. diese

Construction nur für die Zeit nach dem Urtheil annehmen, so bleibt zu erwiedern, dass dann bei Unmöglichkeit der noxae deditio der Beklagte schlechthin haften müsste, welches schrankenlos nicht einmal nach dem Urtheil gilt. Denn arg. f. 24 § 4 D. 40, 12 (Mela ap. Ulp.) ist schwerlich zu bezweifeln, dass, wenn die Bedingung der statuta libertas oder der Vollzug des Freilassungsvermöchtnisses nach dem Urtheil eintritt, und der Ausweg des f. 15 i. f. D. 9, 4 (Gai.) versäumt ist, die a^o iudicati gegen den Verurtheilten verweigert und statt dessen gegen den Freigelassenen gegeben wird.

Im Zusammenhange seiner interessanten Bemerkungen über das africanische Recht findet es G. auffallend, dass bei den römischen Juristen, abgesehen von Ulpian's (nach Proculus) Bemerkung in f. 27 § 1 D. 9, 2, die er mit Recht unter Hinweis auf die a^o communi dividundo (f. 62 [61] pr. D. 47, 2 [Afric.]) für schwach erklärt, niemals von Delicten der Sklaven die Rede sei, welche absichtlich, und zwar im Einverständniss mit dem Verletzten, begangen wären, um die noxae deditio an diesen herbeizuführen (S. 66 f.). Indessen schwerlich haben solche Vorgänge in Rom eine Rolle gespielt; einmal, weil der Herr nicht zu dediren brauchte, wenn er nicht wollte, und den Sklaven, wenn dieser ihn ökonomisch durch die Höhe der Delictsschuld dazu zwang, vorher noch sehr gründlich abstrafen konnte; zweitens, weil im Falle der Collusion, soweit etwa der Satz *volenti non fit iniuria* nicht ausreichen mochte, zweifellos die exceptio doli gegen die Noxalklage gegeben sein muss.

Die legislative Frage streifend bezeichnet G. (S. 61) als vernünftig ein System, welches die noxae deditio ausschliesst, und den Herrn nur auf Grund eigenen Verschuldens, deshalb nur den Herrn zur Zeit der That und diesen ohne Rücksicht auf Gewaltverlust haften lässt. G. begegnet sich hier mit den Verfassern der Motive zum Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs, welche (B. 2 S. 811) meinen, wenn man den unschuldigen Herrn des Thieres für den von ihm angerichteten Schaden — mit oder ohne noxae deditio — verantwortlich mache, „so würde man damit den Boden des Deliktes verlassen und, wenn auch nicht ein fingirtes Delikt, doch eine in das Rechtssystem sich schwer einfügende gesetzliche Obligation schaffen. Zu einer solchen positiven Regelung fehlt es aber an haltbaren Gründen.“ Wir glauben nicht, dass durch den Hinweis auf eine — angebliche — systematische Schwierigkeit und durch die blosse Verneinung seiner Haltbarkeit der Gedanke geschlagen werden kann, aus welchem das römische Recht in historischer Zeit die Noxalklagen aufrecht erhalten hat. Wer, um von dem allein Praktischen zu reden, zu seinem Nutzen oder Vergnügen Thiere hält, welche wegen ihrer Begabung mit eigenem Willen fremden Rechtsgütern immer weit gefährlicher sind als andere Objekte des Privateigenthums, muss die Gefahr des Schadens, den sie anrichten, wenigstens bis zur Höhe ihres Werthes tragen, m. a. W. cum noxae deditione haften. Ob diese Verpflichtung auf jeden neuen Herrn übergehen, oder an dem, der es zur Zeit der Schädigung war, haften bleiben soll, ist eine andere Frage, deren Beantwortung zweifelhaft sein mag, und die Beschränkung der

Haftpflcht auf Schäden, die das Thier *contra naturam* anrichtet, ist von sehr problematischem Werth. Uebrigens, in einem französischen Werk die Freiheit des unschuldigen Herrn von jeder Haftung ohne weitere Begründung als rationell bezeichnet zu sehen, ist um so befremdlicher als das geltende Recht Frankreichs (art. 1385 code civ.) ihn umgekehrt *sine noxae deditione* haften lässt.

Kiel.

Th. Kipp.

C. Bertolini. *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*. Volume I. Roma. L. Pasqualucci 1889. 128 p.

Von den drei Unterarten, welche die neuere Litteratur innerhalb der *Ratihabition* unterscheidet: Genehmigung fremder Geschäftsführung, nachfolgende Einwilligung zu fremden Rechtsgeschäften, Bestätigung ungültiger Rechtsgeschäfte, behandelt B. in seinem vorliegenden ersten Band bloss die Genehmigung fremder Geschäftsführung. Die beiden anderen Gattungen der *Ratihabition* sowie die Lehre von der *Ratihabition* im römischen Civilprocess, sind weiteren Arbeiten vorbehalten. Untersucht werden zunächst die Wirkungen der Genehmigung, sodann deren Voraussetzungen. Der Werth der Arbeit liegt in der sorgfältigen Erörterung der zahlreichen Controversen und in der übersichtlichen Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten. Die vorgeschlagenen Lösungen sind nicht immer überzeugend. So ist es u. E. B. nicht gelungen, den vielbestrittenen zweiten Satz des fr. 60 de R. S. *sed et si quis ratum habuerit quod gestum est obstringitur mandati actione* mit der Regel: *mandati a. non potest competere, cum non antecesserit mandatum* fr. 20 § 1 mand. in Einklang zu bringen. B. p. 53 will im Anschluss an die Glosse und einige ältere Autoren den Ausspruch des fr. 60 cit. auf den Fall der Bürgschaft beschränken und in folgender Weise interpretiren: wird die auftraglose Verbürgung genehmigt, bevor der Bürge gezahlt hat, so liegt ein Mandatsverhältniss vor. Die einzige Stütze dieser im fr. 60 cit. mit keinem Wort angedeuteten Unterscheidung findet B. in fr. 60 § 1 mand. auf Grund einer u. E. allzu subtilen Interpretation der Entscheidung des Scävola. Eine innere Begründung seiner Ansicht giebt B. nicht. Die naheliegende Erklärung: die Genehmigung wirke hier deshalb als Mandat, weil sie zu einem *negotium nondum perfectum* hinzutritt, hat B. p. 44 mit guten Gründen zurückgewiesen. — Die Frage, ob die Rückziehung der Genehmigung so streng durchzuführen ist, dass man die Genehmigung auch dann noch für wirksam ansieht, wenn zur Zeit ihres Erfolgens die zu genehmigende Handlung nicht mehr vorgenommen werden könnte, wird von B. an zwei Stellen besprochen: bei den Wirkungen der Genehmigung p. 72 fg.

und bei deren zeitlichen Voraussetzungen p. 110. Den Worten Justinians in c. 25 § 2 C. 5, 16 will B. keine entscheidende Kraft zugestehen, da sie anerkanntermassen Beschränkungen, z. B. durch Rechte Dritter erleiden. Man müsse daher auf die Controverse der classischen Juristen zurückgehen und, da sich hier zwei Meinungen gleichberechtigt gegenüberstehen, für jeden einzelnen Fall die in den Quellen gegebene Entscheidung anwenden; so sei die von African fr. 25 § 1 D. 46, 8 vertretene schwächere Wirkung der Rückziehung in dem Fall der Zahlung eines *debitor tempore liberatus* anzunehmen, die von Celsus fr. 71 § 1 *de solut.* behauptete stärkere Wirkung — bei der Zahlung eines *fideiussor temp. lib.*, und wohl auch in dem Fall des von B. ausser Acht gelassenen fr. 58 § 2 *cod.*, wo sich Ulpian der Ansicht des Celsus anschliesst. Eine solche principlose Behandlung der Quellen ist mit der modernen systematischen Rechtsauffassung unvereinbar und würde uns von allen Zufälligkeiten der Compilation abhängig machen. Die römische Controverse lässt sich nicht durch mechanische Sonderung der Einzelfälle aufheben, sondern muss in dem einen oder anderen Sinn entschieden werden. — Das schwierige fr. 12 § 2 D. 46, 8 wird von B. p. 105 fg. im Anschluss an Zimmermann. Stellvertretende *neg. gest.* S. 280 dahin interpretirt: Der Gläubiger, der die Genehmigung der Zahlung an einen Geschäftsführer verweigert hat, kann nicht nachträglich gültig *ratihabiren*; er behält seine Klage gegen den Schuldner; doch gewährt Ulpian dem Schuldner aus der verspäteten Genehmigung des Gläubigers die *exc. doli* und tritt damit in Gegensatz zu Paulus fr. 62 *de solut.* Wir halten diese Auslegung für irrig, die vermeintliche Meinungsverschiedenheit zwischen Ulpian und Paulus für nicht existirend. Wir möchten die von der Glosse in erster Linie vorgeschlagene Erklärung *acceptiren*, obwohl sie Seuffert *Ratihabition* S. 31 Anm. 6 für ein „ganz grobes Missverständniss“ hält: Der Gläubiger verweigert (dem Schuldner gegenüber) die Genehmigung der an den Geschäftsführer erfolgten Zahlung; damit wahrt er sich seine Klage gegen den Schuldner, verliert aber gleichzeitig seinen Anspruch gegen den *neg. gestor* (dies letztere sagt Paulus in fr. 62 *cit.*). Hat nun aber der Gläubiger von dem Geschäftsführer (der von der Verweigerung der Genehmigung keine Kenntniss hatte) den eingezogenen Betrag der Schuld erhalten, so bleibt ihm zwar nach wie vor die Klage gegen den Schuldner, aber er würde *dolos* handeln, wenn er sie anstellte nachdem er sein Geld bekommen hat.

Heidelberg.

Dr. A. v. Tuhr.



ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

E. I. BEKKER, A. PERNICE, R. SCHRÖDER,
H. BRUNNER.

ELFTER BAND

XXIV. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTHEILUNG.

WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1890.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des XI. Bandes

Romanistische Abtheilung.

| | Seite |
|--|-------|
| Eisele, Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen. Zweiter Beitrag | 1 |
| Derselbe, Zu Gaius | 199 |
| Erman, H., Beiträge zur Publiciana | 212 |
| Ferrini, E. C., De Iustiniani Institutionum compositione coniec- tanea | 106 |
| Gradenwitz, Otto, Das Statut für die Zunft der Elfenbeinarbeiter | 72 |
| Hölder, E., Philosophie und geschichtliche Rechtswissenschaft . | 52 |
| Krüger, Hugo, Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia | 165 |
| Kübler, B., Zu Cicero de legibus II, XIX—XXI. | 37 |
| Derselbe, Emendationen des Pandektentextes | 45 |
| Mommsen, Th., Zu Papinians Biographie | 30 |
| Derselbe, Inschrift von Kos | 34 |
| Schirmer, Beiträge zur Interpretation von Scävolas Digesten . | 84 |
| Schmidt, Adolf, Das Recht der Superficies | 121 |
| Sokolowski, Paul, Zur sog. exceptio divisionis | 278 |

Miscellen:

| | |
|--|-----|
| Mommsen, Th., Zdekauer über die Florentiner Pandekten- handschrift | 302 |
| Derselbe, Nachtrag dazu | 303 |
| Derselbe, Pamphylische Inschriften | 303 |
| Schum, W., Römisches Recht in Thüringen um 1300 | 304 |
| Conrat, Max (Cohn), Kirchenpolitische Schriften und Canonen- sammlungen des 11. und 12. Jahrhunderts, welche römi- sches Recht enthalten | 306 |
| Derselbe, Pandekten bei Anselm von Lucca | 308 |
| Ghiappelli, Luigi, Il MS. Torinese delle Istituzioni | 308 |

| | Seite |
|---|-------|
| Litteratur: | |
| Schneider, A., Der Process des C. Rabirius | 311 |
| Besprochen von A. v. Tuhr. | |
| Voigt, M., Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Literalobligation der Römer | 312 |
| Besprochen von Th. Niemeyer. | |
| Flach, Jacques, Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge avec textes inédits | 326 |
| Besprochen von Ernst Landsberg. | |
| Paalzow, Hans, Zur Lehre von den römischen Popularklagen | 331 |
| Besprochen von Th. Kipp. | |
| Die Preisaufgabe der K. Akademie der Wissenschaften (s. Um- schlag). | |

I.

Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen.

Von

Herrn Prof. Dr. **Eisele**
in Freiburg i. Br.

Zweiter Beitrag.

Auch auf die in diesem zweiten Beitrag zusammengestellten Interpolationen habe ich früher (Bd. VII dieser Zeitschrift S. 18) gelegentlich hingewiesen. Es sind erläuternde Zusätze, meist kurz und insoweit Glossen vergleichbar. Dass solche Erläuterungen auch von classischen Juristen gegeben werden, ist zweifellos, wie dass hieraus Unsicherheit im concreten Fall entstehen kann, namentlich wenn man noch in Betracht zieht, dass die Compileren nicht alle Erläuterungszusätze, die sie machten, frei componiren mussten, sondern auch dazu classische Vorlagen verwenden konnten. So z. B. halte ich in l. un. § 1 C. de thes. 10, 15 den Zusatz zu dem Wort thesaurum: id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia für interpolirt, weil das Wort thesaurus schon im pr. steht, und dort hätte definirt werden müssen, wenn man es überhaupt definiren wollte; aber ich vermuthe, dass dabei die Thesaurus-Definition eines classischen Juristen benutzt ist.

Echte Erläuterungen sind z. B. l. 11 § 6 ad leg. Aquil. (9, 2): ero, hoc est domino; l. 3 § 13 de adq. vel am. poss. (41, 2): quatenus sub custodia nostra sint . . id est

quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Man vergleiche mit diesen und ähnlichen Erläuterungen die im Folgenden zusammengestellten und man wird den Unterschied nicht verkennen können. Bei l. 13 pr. rat. rem (46, 8): in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui habe ich den in mir (im Hinblick auf l. un. § 2 C. de sent. quae pro eo q. int. (7, 47) aufsteigenden Zweifel unterdrückt.

Die Frage, ob es sich nicht, zum Theil wenigstens, um nachjustinianische Glosseme handle, legt sich hier ganz besonders nahe und kann nicht schlechthin verneint werden, zumal es sich hier nicht, wie bei den Nisi-Sätzen, um eine besondere Liebhaberei der Compileren handelt. Immerhin aber kann geltend gemacht werden, dass bei der Beschaffenheit des Florentinus auch hier die Vermuthung gegen spätere Glosseme streitet. Anders steht die Sache mit der Frage vorjustinianischer Glosseme. Zusätze, wie die folgenden, sind ohne allen Zweifel auch in die cursirenden Schriften der classischen Juristen gekommen und von den Abschreibern in den Text aufgenommen worden. Namentlich wird dies von den häufiger gebrauchten Schriften gelten, also besonders von denjenigen der in Valentinians Citirgesetz genannten Juristen. Ich will mich aber auf eine Erörterung darüber, welche der im folgenden verzeichneten Zusätze von den Compileren herrühren und welche sie in ihren Vorlagen schon vorfanden, nicht einlassen und nur bemerken, dass solche Zusätze, welche anderweitig festgestellte Manieren und Eigenthümlichkeiten der Compileren an sich tragen, natürlich diesen vindicirt werden müssen, wogegen es nicht richtig wäre, alle anderen ohne weiteres für ältere Glosseme zu erklären. Ob eine sichere Scheidung dieser mehr farblosen Zusätze in compilerische und vorcompilerische später möglich sein wird, darf bezweifelt werden; das, was jetzt schon erreichbar ist, nämlich die Erkenntniss, dass die betreffenden Sätze nicht von einem classischen Juristen herrühren, ist zum Glück auch das Wichtigste.

Dass man bei solchen Sätzen und Satztheilen in den Digesten, welche nicht von dem Juristen herrühren, dem sie nach der Inscription des Fragments gehören, auch mit vorjustinia-

nischen Glossemen zu rechnen habe, ist schon von Cogliolo in einer Abhandlung „la storia del diritto romano e le interpolazioni nelle pandette“ (Arch. giur. XLI p. 188 ff. und Separat-Ausgabe Bologna 1888) ausgesprochen worden. Er ist der Meinung, es sei im allgemeinen wahrscheinlicher, dass ein älteres Glossem vorliege, welches in das Werk der Compileren übergang, als eine Interpolation (S. 189 bezw. 4) und motivirt dies damit, dass zur Zeit Justinians die Entwicklung des römischen Rechts grossentheils abgeschlossen gewesen sei (S. 200 bezw. 15). Das kann man zugeben, wenn man an naturwüchsige Entwicklung von innen heraus denkt; allein darauf kommt es bei Annahme von Interpolationen nicht an, sondern nur darauf, ob das Recht geändert worden ist. Da kann aber nicht bestritten werden, dass unter keinem Kaiser, Augustus vielleicht ausgenommen, so viele Rechtsänderungen, auch abgesehen von der Novellengesetzgebung, vorgenommen worden sind wie unter Justinian; und da andererseits die Compileren beauftragt waren, Änderungen nach Gutdünken vorzunehmen (const. Deo auct. § 7), so scheint mir zu folgen, dass die Vermuthung weit mehr für Interpolation spricht als für älteres Glossem. Wäre die Ansicht von Cogliolo richtig, so müssten z. B. auch in den fragm. Vaticana mehr Glosseme zu finden sein, als thatsächlich der Fall ist. Was übrigens Cogliolo zur Illustration seiner Ansicht speciell ausgeführt hat, ist nicht sonderlich geeignet, dieselbe zu empfehlen, namentlich nicht die Ausführung betr. die „generische“ *A° praescriptis verbis* (S. 194 (9) ff.), denn die Stütze der ebenfalls generischen *condictio* ist trügerisch (vgl. meine Abhandlungen zum römischen Civilprocess S. 79 Note 15); und noch weniger, was er S. 190 (5) über die *l. 57 contr. empt.* (18, 1) sagt ¹⁾.

¹⁾ Cogliolo fragt: come si può da una parola mutata (nämlich *adimplere*; er meint, Paulus habe *implere* geschrieben) arguire l'interpolazione di quasi tutto un lunghissimo frammento? Allein es handelt sich nicht bloss um *adimplere*, sondern es liegt vor: der Aufbau mit *si quidem — sin vero u. s. w.* (vgl. Bd. VII, S. 30); Verlassen der Construction (*ut non compellatur, sed etiam repetet*); das Wort *coarctare* für *compellere* (ib. S. 28); die Wendung *venditionem stare oportet*, ferner: *non repeti oportet*, welche ich beide nicht

Zunächst lasse ich nun solche Zusätze folgen, welche mit den Worten *id est* oder *hoc est* beginnen.

1, 18, 20 Papin l. 1 respons.

Legatus Caesaris, *id est* praeses vel corrector provinciae.

2, 4, 12 Ulp. l. 57 ad ed.

. . . et ei poenalem in factum actionem, *id est* quinquaginta aureorum, adversus libertum competere. Hier ist übrigens das *id est* so ungeschickt als möglich, da durch den Betrag von 50 aurei ja nichts erklärt wird, weder das „poenalem“ noch das „in factum“.

3, 5, 12 (13) Paul. l. 9 ad ed.

. . . . decem tamen quae impenderim (me) retenturum, *id est* sola nonaginta (und nicht 100) restituenda. Ausserordentlich selbstverständliche und überflüssige Bemerkung, die aber nach zwei Richtungen hin formell zu beanstanden ist: einmal passt das *id est* ebensowenig wie in der vorigen Stelle — dass bloss 90 restituirt werden, ist die Folge davon, dass 10 einbehalten werden —; sodann müsste, wenn in der Satzconstruction geblieben werden soll, es heissen *restituturum*.

4, 4, 3 § 4 Ulp. l. 11 ad ed.

. . efficiet, ut per eos etiam maioribus subveniat, *id est* patribus eorum. Ist doch allzu selbstverständlich!

7, 1, 68 § 2 Ulp. l. 17 ad Sab.

. . debeat ex agnatis gregem supplere, *id est* in locum defunctorum. Wenn ich nicht irre, sagt ein ordentlicher Lateiner von Thieren nicht defungi, so wenig wie wir von ihnen sagen, sie hätten „vollendet“.

7, 1, 70 § 3 Ulp. l. 17 ad Sab.

. . . . quotiens gregis vel armenti, vel equitii, *id est* universitatis, ususfructus legatus est. Die Erläuterung

für classisch zu halten vermag; im § 3 die ganz unnöthige Beifügung *et emptor et venditor* zu *uterque*, und die Ablativi absoluti am Ende (Nr. III meiner Kriterien, l. c. S. 23 ff.), von dem Inhalt dieser Ablative ganz zu schweigen. Denn sollte man nicht denken, dass, wenn der beiderseitige *dolus* compensirt wird, er nun eben beseitigt ist und das Geschäft gilt? (Ganz anders doch l. 154 R. I.!) Und wie kann die Frage der Giltigkeit des *iudicium* auch nur erörtert werden?

war um so unnöthiger, als der Gegensatz *ceterum si singulorum capitum* keinen Zweifel übrig lässt, was gemeint sei.

7, 9, 9 pr. Ulp. l. 51 ad ed.

potest (ususfructus) ad me reccidere, hoc est ad legatarium; vgl. den Anfang: *si ususfructus mihi legatus sit*.

8, 2, 20 § 5 Paul l. 15 ad Sab.

Stillicidium . . . altius tolli potest inferius demitti non potest quia fit gravior servitus, id est pro stillicidio flumen. Hier hat der Compiler den Passus *quia fit gravior servitus* missverstanden. Er hat verstanden; „weil dadurch (durch das *inferius demittere*) eine lästigere Servitut, nämlich die *s. fluminis immittendi*, entsteht“, während gemeint ist: „weil dadurch die Servitut (die *s. stillicidii*) lästiger, drückender wird“.

12, 4, 3 § 4 Ulp. l. 26 ad ed.

Quin immo et si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est conditionem defuncto quoque eo. Freilich ist dieser ganze Paragraph bedenklich, nicht bloss die Erläuterung „*id est conditionem*“; vgl. Pernice in Bd. IX dieser Zeitschrift S. 251 Note 5.

13, 6, 17 § 3 Paul. l. 29 ad ed.

Sicut autem voluntatis et officii . . . est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit, cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere u. s. w.

14, 1, 1 § 7 Ulp. l. 28 ad ed.

Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius (zu lesen cui) ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit. Ganz ähnlich

14, 3, 5 § 11 Ulp. eod.

. . . *sed ita, si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est dumtaxat ad id quod eum praeposuit*. Der interpolirte Passus ist noch verdorben. Es ist aber wohl nicht mit Mommsen zu lesen *dumtaxat id ad u. s. w.*, denn dann wäre zu *id* das vorausgegangene *obligat* als *Verbum* zu denken, während doch selbstverständlich nicht

„id ad quod quis praeponitur“ obligirt, sondern das Geschäft; vielmehr ist zu lesen dumtaxat ad id (contractum est) ad quod et rel.

15, 1, 18 Paul. l. 4 quaest.

... non aliter cogatur, id quod vicarius eius testatori debet, relinquere, nisi is, id est vicarius, peculium habeat. Nur ein schlechter Lateiner kann in Versuchung kommen, das is auf den zu beziehen, der Subject von cogatur ist.

15, 1, 26 Paul. l. 30 ad ed.

Si semel ex ea causa, id est quod dolo fecerit, dominus praestiterit de peculio conventus et rel. Hier war die Einschaltung am Platz, weil der Zusammenhang mit dem Vorhergehenden fehlt. Bei Paulus fehlte er natürlich nicht.

15, 3, 19 Paul. l. 4 quaest.

... negotium hoc, id est sepulturam et funus filii. Wenn nur nicht der ganze Passus et hoc Neratius quoque bis non filii von den Compilatoren ist! Denn dass das funus filii kein aes alienum filii sei, das noch zu sagen, ist ein starkes Stück.

16, 2, 9 § 1 Paul. l. 32 ad ed.

... ut caveat patrem suum ratum habiturum, id est non exacturum quod is compensaverit. Das „is“ geht auf das Subject von caveat!

16, 3, 11 Ulp. l. 41 ad Sab.

... sic tamen, si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit. Dass der Depositarius hafte, auch wenn nur suspicio culpa ist, kann Ulpian nicht geschrieben haben.

16, 3, 28 Scaev. l. 1 respons.

... quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias curae habebis. Der Adressat des Briefes hat ganz sicher nicht nöthig gehabt, über die Bedeutung der Worte ne vacua tibi sint belehrt zu werden, und ebenso wenig der Leserkreis, für den Scaevola seine responsa zusammenstellte.

17, 1, 10 § 9 Ulp. l. 31 ad ed.

... ut sumptus de suo faceret ad haec itinera, hoc est de salario.

17, 2, 7 Ulp. l. 30 ad Sab.

... universorum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione locatione conductione descendit. Oder echt, aber gekürzt?

17, 2, 21 Ulp. eod.

sed factum eius (qui admittitur socius, l. 19 eod.) praestabitur societati, id est aget socius et societati praestabit quod fuerit consecutus. Das die Erläuterung nicht von Ulpian ist, ist mit Sicherheit daraus zu entnehmen, dass das erläuternde societati praestabit (scil. der klagende socius) einen ganz anderen Inhalt hat, als das praestabitur societati (scil. von Seiten dessen, qui admisit socium).

17, 2, 69 Ulp. l. 32 ad ed.

... ut unus reliquis nundinas id est epulas praestaret et rel. Schwerlich hat Ulpian in seinem Edictscommentar ein Wort gebraucht, von dem er sich sagen musste, dass seine Leser dasselbe nicht verstehen. Dann hat er es aber auch nicht erklärt.

17, 2, 73 Ulp. l. 1 respons.

... societatem universarum fortunarum coierint, id est earum quoque rerum, quae postea cuique adquirentur.

18, 1, 68 pr. Procul. l. 6 epist.

... existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestandam, id est, non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa. Diese Ausdrucksweise war wohl der späteren Zeit verständlicher.

18, 3, 4 pr. Ulp. l. 32 ad ed.

Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret ... In l. 1 und l. 3 braucht Ulpian den Ausdruck ohne weitere Erklärung; die l. 3 ist überdies aus Buch 30 des Edictscommentars und es ist gewiss doch höchst unwahrscheinlich, dass ein Ausdruck im 32. Buch erklärt wird, dessen Sinn früher als bekannt vorausgesetzt wurde.

18, 6, 4 pr. Ulp. l. 28 ad Sab.

... an vero magis emptio sit soluta, quasi sub conditione venierint, hoc est si ante diem illum fuissent

degustata. Wenn Wein mit dem Geding verkauft ist, dass intra diem certum gekostet werden soll, und es wird nun der Gesichtspunkt hingestellt, dass der Wein quasi sub condicione verkauft, folglich wegen Nichtkostens intra diem der Kauf aufgehoben sei: so kann über den Inhalt der Bedingung kein Zweifel sein.

19, 1, 7 Pompon. l. 10 ad Sab.

. . . reverti adversus te non potero, donec Titius vivat nec in ea causa esse coeperit, ut, etiamsi eius usus fructus esset, amissurus eum fuerit, nam tunc, id est si capite diminutus vel mortuus fuerit Titius, reverti potero ad te venditorem. Wahrscheinlich sind aber auch die Worte nam tunc reverti potero ad te venditorem interpolirt, vgl. Bd. VII dieser Zeitschrift S. 26 unter VII.

19, 1 (13 § 31 und) 14 Pomp. l. 31 ad Q. Muc.

(ut puta putealia) id est quo puteum operitur. Das aus Pomponius entnommene Fragment war ursprünglich natürlich grösser, bei der Einfügung zwischen l. 13 und 15 strich man aber alles bis auf die paar Worte, die gerade nicht von Pomponius sind. Denn dass ein römischer Jurist der classischen Zeit sich bemüssigt gefunden habe, das Wort puteal zu erklären, kann ich nicht glauben.

19, 1 l. 30 pr. African. l. 8 quaest.

. . . nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium. Es ist unmöglich, dass African ipso-iure-Minderung des Peculium und retentio ex peculio identificirt habe; die Compileren haben im Hinblick auf die l. un. C. de rei ux act.; auch hier mit Retentionen aufräumen zu sollen geglaubt.

19, 1 l. 31 § 2 Nerat. l. 3 membr.

. . . is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius (iuste Mommsen) adprehendit, hoc est cui primum tradita est.

Es geht voraus uterque nostrum eandem rem emit . . . traditaque est. Man muss das traditaque est mit Nothwendigkeit auf beide beziehen, denn wäre nur Einem tradirt worden, so hätte dies gesagt werden müssen; insofern ist also die von Mommsen vorgeschlagene Einschlebung von utriusque nach traditaque nicht unbedingt nöthig, obwohl wegen des

ähnlichen Ausgangs *aque* und *ique* der Ausfall von *utrique* plausibel. Geht aber das vorausgehende *traditaque est* auf beide, so ist absolut ausgeschlossen, das *adprehendit* anders als von Tradition zu verstehen; die Erläuterung ist also ganz überflüssig. Die Interpolation wird um so mehr einleuchten, wenn man bedenkt, dass Neratius die Wendung *qui prior adprehendit* wohl deshalb wählte, um die Wiederholung von *tradita est* zu vermeiden.

19, 1 l. 45 § 2 Paul. l. 5 quaest.

... *eius effici libertam, a quo vendita est, id est heredis*; vgl. l. 43 pr.

19, 2 l. 13 pr. Ulp. l. 32 ad ed.

cisiarius, id est carucarius.

19, 2 l. 51 pr. Iavol. l. 11 epist.

... *videtur autem in hac specie id silentio convenisse, ne quid praestaretur, si ampliore pecunia fundus esset locatus, id est ut haec conventio pro locatore tantummodo interponeretur.* Ganz sicher will der erläuternde Satz dies sagen: im Zweifel (das hinzuzufügen gebietet das *silentio*, wie auch das vorausgegangene *id maxime spectare debemus quod inter utramque partem convenit*) ist die in Rede stehende conventio lediglich zu Gunsten des locator. So aber, wie die Erläuterung angefügt ist, hängt sie grammatisch von *videtur convenisse* ab: *convenit, ut haec conventio pro loc. interponeretur!*

19, 5. In diesem Titel findet sich an drei Stellen: 13 § 1, 15 und 22 die Interpolation *id est praescriptis verbis*; eine vierte Stelle ist 43, 26, 19 § 2 (s. u.) Ueber das Sachliche vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 123 ff., speciell S. 128. 140.

21, 2, 21 § 2 Ulp. l. 29 ad Sab.

... *neque enim habere licet eum, cuius si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur: prope enim hunc ex secunda emptione, id est ex litis aestimatione, emptori habere licet, non ex pristina.* Dass die *litis aestimatio* gemeint ist, geht aus dem unmittelbar vorhergehenden Satz (*quamvis si ipse u. s. w.*) zur Genüge hervor. Die Erläuterung ist aber nicht nur überflüssig, sondern auch störend für den Gedanken, der in den Worten *prope enim u. s. w.* liegt. Um

mich deutlicher auszudrücken: das *prope* kann nur mit *ex secunda emptione*, aber nicht mehr mit *ex litis aestimatione* passend verbunden werden.

21, 2, 76 Venul. l. 17 stip.

Si alienam rem mihi tradideris et eandem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem, id est actionem pro evictione, placet. Natürlich ist auch tradideris für mancipaveris interpolirt.

23, 1, 14 Modest. l. 4 diff.

Quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est si non sint minores quam septem annis. Vgl. Buhl, Salv. Julianus S. 151. Formell verräth sich die Hand der Compileren an dem überflüssigen *quam*.

24, 1, 11 § 2 Ulp. l. 32 ad Sab.

Maritus uxori mortis causa donatum voluit: interposuit mulier filium familias qui a marito acciperet eique traderet: deinde cum moritur maritus pater familias invenitur: an valeat traditio? Wenn nun entschieden wird, traditionem valere, quia sui iuris effectus est eo tempore, ad quod traditio redigitur: so ist gar keine andere Zeit denkbar, als die des Todes des Gewalthabers, und werden daher die Worte *id est cum maritus moriebatur* wohl Interpolation sein.

30, 34 § 6 Ulp. l. 21 ad Sab.

Proinde et si quid aliud est quod pondere numero mensura continetur saepius relictum, idem erit dicendum, id est saepius deberi, si hoc testator voluerit. Die Worte *si hoc testator voluerit* sind dem Gedanken Ulpian's, welcher bestimmen will, was im Zweifel zu gelten habe, ebenso zuwider, wie im § 3 desselben Fragmentes der Zusatz *si evidentissimis probationibus ostendatur testatorem multiplicasse legatum voluisse*, in dem übrigens die Compileren an den evidentissimae probationes (Bd. VII S. 28 sub VIII) und den Worten *multiplicasse voluisse* deutlich erkennbar sind.

30, 122 § 1 Paul. l. 3 regul.

haec sententia vera est, hoc est Titius tota decem debebit.

39, 1 l. 1 § 1 Ulp. l. 52 ad ed.

adversus futura opera . . . non adversus praeterita, hoc est adversus ea quae nondum facta sunt, ne fiant. Die Erläuterung hätte richtiger hinter futura opera eingeschaltet werden sollen.

39, 1, 5 § 4 Ulp. l. 52 ad ed.

. . . in re enim praesenti et paene dixerim in ipso opere, hoc est in re ipsa, nuntiatio facienda est. Die Erläuterung ist weniger deutlich, als was erläutert wird; anders verhält es sich in § 2: in re praesenti . . id est eo loci, ubi opus fiat.

39, 1, 9 Gai. ad ed. urb.

permittendum est, de iure id est de servitute opus novum nuntiare, nam ei vindicatio servitutis datur. Diese Begründung lässt die Erläuterung id est u. s. w. als ganz überflüssig erscheinen.

39, 1, 23 Iavol. l. 7 epist.

. . . emptor id est dominus praediorum tenetur. Dass die erläuternde Bemerkung zu eng ist, zeigen die unmittelbar folgenden Worte des Fragments: quia nuntiatio operis (operi) non personae fit et is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est.

39, 2, 11 Ulp. l. 53 ad ed.

Aequissimum tamen puto huic prospiciendum, id est creditori, per stipulationem. Andere (z. B. A. Faber) halten das für ein Glossem, worüber das im Eingang Gesagte in Bezug zu nehmen ist. Gegen Mommsens Emendation item creditori zu vgl. Burkhard caut. damni inf. S. 313.

39, 2, 24 pr. Ulp. l. 81 ad ed.

Propter quod operis dumtaxat nomine . . cavetur, de vitio loci nihil cavetur, hoc est operis quod quis facit. Was die Erläuterung besagt, ergiebt sich hinlänglich aus dem Vorausgegangenen (in his igitur publice licet cuilibet aedificare et destruere). Möglich, dass auch die Worte de vitio loci nihil cavetur, die Mommsen streichen will, von den Compilatoren herrühren.

39, 2, 40 § 2 Ulp. l. 43 ad Sab.

. . . quia in eadem re damnum passi sunt, id est in aedibus. Der erläuternde Satz ist unrichtig, weil zu eng.

39, 3, 1 § 1 Ulp. l. 53 ad ed.

Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen iam facto, hoc est de eo opere, ex quo damnum timetur.

ib. § 20.

si . . . aqua fluens noceat loco qui est intra continentia, hoc est aedificio (aedificia?). Die Bedeutung des Ausdrucks *continentia* in diesem Zusammenhang zu erklären hatte Ulpian sicherlich nicht nöthig.

39, 3, 2 § 8 Paul. l. 49 ad ed.

. . . sufficere, si quis sciat factum esse (opus), hoc est, si factum esse non ambigatur. Es liegt auf der Hand, wie schlecht d. h. wie unvorsichtig diese Erläuterung gefasst ist: danach könnte man sich niemals auf *vetustas* berufen, da es niemals zweifelhaft sein kann, dass das *opus* einmal erstellt worden ist!

39, 3, 6 § 8 Ulp. l. 53 ad ed.

Aestimationem autem iudex faciet ex rei veritate, hoc est eius damni, quod apparuerit datum. Mag man nun unter *rei veritas* den Sachwerth im Gegensatz zum Interesse verstehen (Schmidt, civil. Abhandl. S. 167) oder die Schadensbemessung nach objectiven Gesichtspunkten im Gegensatz zu der im Falle des *iuramentum in litem* eintretenden subjectiven Schätzung: in beiden Fällen passt die Erläuterung nicht, da sie auf einen dritten Gegensatz hinweist, den des schon eingetretenen und des noch künftigen Schadens. *Ex rei veritate* geht auf die Art der Schätzung, hoc est u. s. w. auf das Object der Schätzung.

39, 3, 8 Ulp. l. 53 ad ed.

. . . eorum etiam, ad quos eius aquae usus pertinet, voluntas exquiritur, id est eorum, quibus *servitus aquae* debebatur. Ulpian hat bei den Worten im Anfang des Fragments „in concedendo iure aquae ducendae“ zweifelsohne im Auge die Verleihung des Rechts, an die öffentliche Wasserleitung eine private anzuschliessen, durch den Kaiser oder den *curator aquarum*. In Bezug auf solche öffentliche Wasserleitungen ist aber bekanntlich von *Servituten* keine Rede. Zu beachten ist auch das ganz unpassende *Imperfectum* debebatur. Uebrigens ist auch der Schlusssatz

des Fragmentes et generaliter sive u. s. w. von den Compilatoren (vgl. diese Zeitschrift Bd. VII S. 26 sub VI).

39, 3, 17 § 2 Paul. l. 15 ad Plaut.

. . . eodem casu, quo interveniente flumine publico viae itineris actus servitus imponi potest, id est si non sit impedimento transeunti magnitudo fluminis. Einigermassen zweifelhaft.

39, 6 13 § 1 Iul. l. 17 dig. zu vgl. 35 § 4 eod.

Marcellus notat: . . . sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit eius repetitio, id est nec si convaluerit quidem donator. Hiezu bemerkt auch Mommsen: „id est . . . donator“ non sunt Marcelli.

43, 26, 19 § 2 Iul. l. 49 dig.

Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti conditione, id est praescriptis verbis. Vgl. Gradenwitz l. c. S. 130. Erwähnt sei der Vorschlag von Cogliolo l. c. S. 199 (14), zu lesen id, et praescriptis verbis scil. peti potest; wahrscheinlich wird ihn niemand acceptabel finden.

46, 2, 8 § 2 Ulp. l. 46 ad Sab.

. . . si modo id actum sit ut novetur, id est ut Seius debeat quod Titius promisit.

48, 2, 12 Venul. l. 2 de iud. publ.

. . . legatum imperatoris, id est praesidem provinciae.

Eine Anzahl anderer derartiger Interpolationen wird durch die Worte ut puta eingeleitet.

2, 1, 13 § 1 Ulp. l. 51 ad Sab.

Magistratus autem vel is qui in potestate aliqua sit ut puta proconsul vel praetor vel alii qui provincias regunt . . .

3, 2, 4 § 2 Ulp. l. 6 ad ed.

Sive autem principaliter hoc negotium gerat sive alterius negotiationis accessione (occasione?) utatur ut puta si caupo fuit vel stabularius et mancipia talia habuit ministrantia et occasione ministerii quaestum facientia, sive balneator fuerit, velut in quibusdam provinciis fit, in balineis ad custodienda vestimenta conducta habens mancipia hoc genus observantia in officina, lenocinii poena tenebitur. An und für sich

könnte Ulpian die Worte *alterius negot. occasione uti* ganz wohl durch Beispiele näher erläutert haben; das aber, was dasteht, hat er nicht geschrieben. Man beachte das ganz beziehungslose *talia*, das breitspurige *si caupo fuit et habuit* (von dem *Perfectum* ganz abzusehen), das unrichtig angewendete *velut* und die geradezu komische Redewendung *hoc genus observantia*! Dagegen *occasione ministerii* ist so gut, dass es aus dem von Ulpian vorher Gesagten entlehnt sein wird, daher mir nicht zweifelhaft ist, dass im Anfang zu lesen ist *negotiationis occasione*.

3, 2 l. 6 § 5 Ulp. l. 6 ad ed.

„*Mandati condemnatus*“: *verbis edicti notatur non solum qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat*. Das lautet so allgemein und ist in dieser Allgemeinheit so bedenklich, dass eine Erläuterung nicht überflüssig war. Ob aber diejenige, welche dasteht, von Ulpian ist, scheint fraglich: *ut puta, fideiussi pro te et solvi; mandati te si condemnavero, famosum facio*. Nach dem Edictswortlaut war das *iudicium contrarium* geradezu ausgeschlossen (vgl. l. 1 ht.). Nun sagen allerdings verschiedene Basilikenscholien zu unserer Stelle (Heimb. II p. 440), dass gerade in unserem Falle ausnahmsweise auch die Verurtheilung im *iudicium contrarium* Infamie zur Folge gehabt habe. Dabei bleibt immer die Möglichkeit bestehen, dass diese Ausnahme eben erst durch diesen Zusatz der Compileren eingeführt wurde, und diese Möglichkeit wird zur grössten Wahrscheinlichkeit dadurch, dass zu den Worten „*verbis edicti notatur non solum*“ u. s. w. das Beispiel nun einmal schlechterdings nicht passt. Nimmt man an, dass im Edict noch andere als die in l. 1 cit. überlieferten Fälle stunden und zwar solche, die auch in der *lex Iulia municipalis* (110 sqq.) vorkommen (cf. Lenel, edict. S. 63), so wird sofort klar, an welche Fälle Ulpian gedacht und von welchen er auch gesprochen haben wird. Es ist der, „*qui sponsoribus creditoribusve suis renuntiavit renuntiaverit se soldum solvere non posse, aut cum eis pactus est erit se soldum solvere non posse, prove quo datum depensum est erit*“. Speciell an Stelle des Schuldners, für den vom sponsor *depensum est*, setzten die Compileren in unserer Stelle den *fideiussor* und

thaten von dem Eigenen noch die Verurtheilung in der act. mand. contraria hinzu.

19, 1, 4 § 1 Paul. l. 5 ad Sab.

Sed non solum si modus agri totius minor est, agi cum venditore potest, sed etiam de partibus eius: ut puta si dictum est vineae iugera tot esse vel oliveti et minus inveniatur. Freilich ist der ganze Satz nebst dem noch Folgenden:

ideoque (dieses ideo passt gar nicht) his casibus pro bonitate loci fiet aestimatio

verdächtig.

19, 1, 17 § 7 Ulp. l. 32 ad ed.

Labeo generaliter scribit, ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii: ut puta fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium, verum tamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt. Wie schlecht ist das ad praesens wiedergegeben durch temporis causa; dazu noch das schleppende quidem. Das si perpetuo f. positae ist im Grunde genommen nicht einmal richtig; sind sie perpetui usus causa gelegt, so ist es gleichgiltig, wenn sie auch vorübergehend herausgenommen werden, also nicht perpetuo positae sind.

46, 3, 27 Ulp. l. 28 ad ed.

. . . si res tradita fuerit quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est: ut puta possum fundum petere, licet mihi traditus sit, si ius quoddam cautionis supererit. Möglich, dass die Erläuterung von Ulpian ist, aber so lautete: ut puta . . . traditus est, si mihi mancipatus non est. Gemeint ist eine Klage auf dare oportere.

Ich lasse jetzt noch einige weitere Erläuterungsinterpolationen folgen, welche von verschiedener Form sind.

2, 11, 10 pr. Paul. l. 1 ad Plaut.

Si eum iudicio sisti promisero, qui iam tempore liberatus esse dicebatur, quia iam actione forte non tenebatur. Mommsen will die gesperrt gedruckten Worte streichen; ich muss es aus dem eingangs angegebenen Grunde für weit- aus wahrscheinlicher halten, dass eine Interpolation, als dass

ein späteres Glossem vorliegt. Anders würde freilich die Sache liegen, wenn, was aber nicht der Fall ist, die Processverjährung zur Zeit der Abfassung der Digesten noch gegolten hätte.

5, 1, 18 § 1 Ulp. l. 23 ad ed.

. . . posse eum utili iudicio agere, ne dum pater expectatur impunita sint maleficia, quia pater venturus non est vel dum venit se subtrahit is qui noxam commisit. Der gesperrt gedruckte Passus ist ganz in der Art, wie wir sie z. B. in der sog. Institutionenparaphrase des Theophilus finden, und kein Zweifel ist, dass die Worte dum pater expectatur vollauf genügen.

Ibid.

. . . si res veniat ex contractu, debeat filius agere utili iudicio, forte depositum repetens vel mandati agens vel pecuniam quam credidit petens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia ex iusta causa agat. Erläutert soll hier offenbar das „ex contractu“ werden, wie im Vorhergehenden von furtum und damnum iniuria die Rede war. Danach müsste aber stehen: si forte rem deposuit u. s. w. Ferner erweckt Verdacht das wiederholte forte (vgl. oben 2, 11, 10 pr.) und vollends ex iusta causa Romae agere.

7, 1, 12 § 5 Ulp. l. 17 ad Sab.

Cum autem in pendenti est dominium dicendum est conditionem pendere magisque in pendenti esse dominium. Dazu bemerkt Mommsen in der grösseren Digestenausgabe: „aut abundant, aut tale quid subest: ‘magisque sequi quod in pendenti est dominium?’ Das letztere ist doch wohl unmöglich; Ulpian wird doch nicht in ausdrücklichen Worten daraus, dass in pendenti est dominium, folgern, dass in pendenti est dominium. Daraus aber, dass die Basiliken den Passus haben, ist zu schliessen, dass wir es eher mit einer Interpolation der Compileren, als mit einem Glossem eines Abschreibers zu thun haben.

7, 1 l. 25 § 1.

. . . si vero simul in sacculo solvit, nihil fecit accipientis, et ideo nondum adquisisse dominium cuiquam videtur, quia cum plus pretium solvit servus, non faciet num-

mos accipientis. Der Grund ist vielmehr ein ganz anderer; dass man über die Schuld hinaus zahlen kann, und dennoch Eigenthum überträgt und *condictio indebiti* hat, ist ja eine allbekannte Sache.

8, 2, 17 § 3 Ulp. l. 29 ad Sab.

Haec lex traditionis (mancipationis): „*stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint*“ hoc significat impositam vicinis necessitatem *stillicidiorum excipiendorum*, non illud, ut etiam emptor *stillicidia* suscipiat aedificiorum vicinorum; hoc igitur pollicetur venditor, sibi quidem *stillicidiorum* servitutem deberi, se autem nulli debere. Aus dem Vorherigen ist deutlich genug zu ersehen, dass Ulpian sagen will, das in lege mancipationis dictum sei nur zu Gunsten, nicht auch zu Lasten des Käufers.

12, 7, 3 Iulian. l. 8 dig.

Qui sine causa obligantur, incerti conditione consequi possunt ut liberentur: nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat, an maiorem quam suscipere eum oportuerit, nisi quod alias conditione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias ut exoneretur. veluti qui decem promisit, nam si quidem nullam causam promittendi habuit, incerti conditione consequitur, ut tota stipulatio accepto fiat, at si cum quinque deberet decem promisit, incerti consequetur, ut quinque liberetur. Das richtige Schulbeispiel, wie wir solche namentlich auch in der Institutionenparaphrase des Theophilus finden; Julian hat seinen Lesern dergleichen sicherlich nicht vorgeführt. Ob übrigens incerti consequetur nicht eine byzantinische Breviloquenz ist, wage ich nicht zu entscheiden; unmöglich im Munde Julians scheint mir aber zu sein *ut stipulatio accepto fiat*, denn man kann *pecuniam* oder *id quod debetur acceptum* facere, aber nicht stipulationem.

13, 7, 11 § 3 Ulp. l. 28 ad ed.

Si in sortem dumtaxat vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto propter quod obligatum est, locum habet pigneraticia. sive autem *usurae* in stipulatum sint deductae sive non, si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quamdiu quid ex his debetur, pigneraticia cessabit. alia causa est earum, quas quis supra

licitum modum promisit: nam haec penitus illicitae sunt. Der schlechte Stil des zweiten und dritten Satzes (sitamen; ex his; penitus illicitae) würde wohl zur Annahme einer Interpolation für viele nicht genügen. Dagegen verräth die Compileren mit Sicherheit das *et* vor *in eas*. Denn im ersten Satz behandelt Ulpian ja den Fall, dass das Pfand nur für das Capital oder nur für die Zinsen haften soll; dass das dumtaxat auch zu *in usuras* hinzuzudenken ist, kann nach den Worten *eo soluto* u. s. w. nicht zweifelhaft sein. Der zweite Satz will keinen neuen Fall bringen, giebt aber doch statt der Voraussetzung: es ist nur für die Zinsenobligation Pfand bestellt, die andere: es ist auch für die Zinsenobligation Pfand bestellt.

13, 7, 24 § 1 Ulp. l. 30 ad ed.

... et constat, neque pigneraticia eum agere neque liberari posse, quia reprobata pecunia non liberat solventem, reprobis videlicet nummis reddendis. Vgl. das Interpolationskriterium Nr. III in Bd. VII S. 23 f. dieser Zeitschrift.

D. 16, 3, l. 17 § 1 Florent. l. 7 inst.

Rei depositae proprietates apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet; id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.

Stünde das gesperrt Gedruckte nicht da, so wäre über den Sinn der l. 39 de adq. vel. am. p. wohl nie Streit entstanden, d. h. man hätte nie verkannt, dass sich die l. 39 cit. nur auf die Frage beziehe, ob der Besitz des Sequester zu dem Usucapionsbesitz der obsiegenden Partei hinzuzurechnen sei oder nicht¹⁾. Interpolation nehme ich aus folgenden Gründen an: 1) der Satz *nam tum* u. s. w. ist in der Art der mit „tunc enim“ beginnenden Sätze, welche die Compileren auch ihren eigenen Nisi-Sätzen gern hinzufügen; 2) er ist überflüssig; 3) er ist schief und müsste entweder lauten: *nam sequester possidet* oder aber: *nam tum demum is apud quem deponitur possidet*. In beiderlei Hinsicht

¹⁾ So jetzt auch Jhering, Besitzwille S. 383. Vgl. J. Voigt, Besitz des Sequesters (Freiburger Inaug.-Diss.) S. 35 ff.

(2 und 3) drängt der Satz *nam tum demum u. s. w.* allerdings zu der Duaren-Savignyschen Interpretation, wonach zu *deposita est subintelligit* wird *possessio*; allein diese Interpretation ist aus mehrfachen Gründen unmöglich. 4) Der Satz *id enim u. s. w.* ist eine übel angebrachte Reminiscenz aus l. 39 cit. und setzt sich insofern in Widerspruch mit derselben, als hier dasjenige, was dort als einer von verschiedenen möglichen Zwecken erscheint, als einziger und begriffsmässiger Zweck der Sequestration hingestellt wird. Dass die Compileren auch aus aufgenommenen Fragmenten bei anderen Fragmenten Ergänzungen anbringen, ist nicht selten; übrigens gehören beide in Rede stehende Fragmente der Sabinus-Masse an.

17, 1, 12 § 15 Ulp. l. 31 ad ed.

Idem ait, si tutor mandet suscipi vel probari nomen quod fecerat, teneri eum mandati, scilicet quondam pupillo suo vel curator ei.

18, 1, 46 Marcian. l. sing. de delator.

Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum est.

18, 1, 58 Papin. l. 10 quaest.

sive autem emptor sciebat vel ignorabat vel uterque eorum, haec optinent, quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt. Das in superioribus casibus verweist auf fr. 57, das von Paulus ist (vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 93); unerträglich ist pro aedibus. Auch stände besser *sive uterque eorum.*

18, 3, 4 § 1 Ulp. l. 32 ad ed.

Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdi(di)t: igitur sententia Neratii tunc habet locum quando emptor aliquam partem pretii dedit. Das „pretium quod numeravit“ wird Ulpian wohl für deutlich genug gehalten haben!

18, 6, 1 pr. Ulp. l. 28 ad Sab.

Sed si venditor se periculo subiecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subiecit; quod si non designavit

tempus, eatenus periculum sustinere debet quoad degustetur vinum, videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum. aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit, aut non convenit, et usque ad degustationem sustinebit. Man glaubt den Schulmeister zu sehen! Uebrigens könnte schon das videlicet — degustatum Interpolation sein.

18, 6, 4 pr. Ulp. eod.

... an vero etiam die praeterito (ut si forte corrupta sint posteaquam dies degustandi praeteriit) periculum ad venditorem pertineat et rel. Mommsen stellt auch die Worte periculum ad — pertineat in die Parenthese, so dass pertineat von ut abhängt. Dann wäre zu an vero u. s. w. aus dem Vorhergehenden zu ergänzen: periculum acoris et mucoris venditor praestare debet, und könnte dann erst recht kein Zweifel sein, dass der ganze rein tautologische Satz ut si — pertineat Interpolation wäre. Nach unserer Setzung der Parenthese wollten die Compileren das die praeterito erläutern; das ut beruht auf Versehen oder ist im Sinne von velut genommen.

18, 6, 4 § 2 Ulp. eod.

Et est verius secundum ea quae supra ostendimus, aut interesse, quid de tempore actum sit, aut denuntiare ei, ut tollat vinum: certe antequam ad vindemiam fuerint dolia necessaria, debet avehi vinum. Die Worte certe u. s. w. können sich unmittelbar an das Vorausgehende: videndum, ne infinitam custodiam non debeat venditorgeschlossen haben; wenn nicht, so ist das, was Ulpian gesagt hatte, gestrichen und durch das gesperrt Gedruckte ersetzt worden. Dass dies Interpolation sei, zeigt 1) das ei, welches auf den Käufer geht, von dem aber in § 2 noch nicht die Rede war, sondern nur vom Verkäufer; 2) die Alternative aut interesse — aut denuntiare, welche ganz schief ist. Dieselbe so zu stellen: es komme entweder darauf an, was bezüglich des tempus vereinbart worden, oder es sei zu denunzieren, geht offenbar nicht. Vorgeschwebt hat aber folgendes: es kommt in erster Linie darauf an, ob eine Zeit für das avehere festgesetzt ist. Ist sie festgesetzt, dann ist dies massgebend; ist sie nicht festgesetzt, dann ist zu denun-

ziren. So erklärt sich der Infinitiv interesse, welcher in diesen Gedankengang passt, und dann auch den Infinitiv degustare nach sich gezogen hat, welcher schlechterdings nicht passt, da es sich hier nicht mehr um ein Urtheil handelt, sondern um einen Ausspruch, was geschehen soll.

18, 6, 5 Paul. l. 5 ad Sab.

Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum toleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari. Si verbi gratia amphorae centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, si admensum (non) est, donec admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat. Wieder offenbar ein Schulbeispiel, das aber zuerst schön ordentlich die Regel bringt und dann das, wovon der Satz des Paulus allein spricht, als Ausnahme in dem Nisi-Satze unterbringt. Man bemerke übrigens, dass in dem die Regel angehenden Satze (si verbi gratia — venditoris est) die Worte si admensum non est absolut überflüssig sind; sie stehen bloss da, weil der Satz „nisi id per emptorem fiat“ es verlangt. Dieser Satz ist übrigens nichts weniger als schön: id, nämlich das vinum non admetiri (anderes lässt sich aus dem Vorhergehenden nicht suppliren) per emptorem fit!

19, 2, 55, 2 Paul. l. 2 sentent.

... ad solvendas totius temporis pensiones ex conducto conveniri potest, quatenus locatori in id quod eius interest indemnitas servetur. Die Redewendung „indemnitatem in id quod interest servare“ spricht deutlich genug.

19, 2, 60 § 2 Labeo post. l. 5 a Iav. epit.

... sed iudicem aestimaturum, an possis adversus furem magis agere et ab eo tuas res consequi fullonis videlicet sumptibus: sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet. Vor sed iudicem muss etwas ausgefallen sein wie respondi, actionem ex locato competere quidem. Einigermassen verdächtig ist sodann 1) iudicem, wofür man praectorem erwartet; 2) possis, wofür man debeas erwartet, da im Eingang des Fragments ja vorausgesetzt wird, dass der Kunde einen anderen beklagen kann, aber nicht will; 3) fullonis vi-

delicet sumptibus. Ganz sicher interpolirt ist aber das Folgende, worin auseinandergesetzt wird, was zu geschehen hat, wenn es bei der *actio locati* gegen den *fullo* sein Bewenden behält. Einmal zeigt dies der Uebergang in die *directe* Rede. Sodann stimmt das *condemnabit quidem, tuas autem actiones praestare compellet* nicht zur Technik des Formular-processes. Nach dieser würde der *iudex* keineswegs den Beklagten verurtheilen und dann die *Cession* erzwingen (was er *direct* gar nicht kann), sondern dem Kläger die *Cession* aufgeben und falls derselbe nicht parirt, den Beklagten absolviren.

20, 1, 13 § 5 Marcian. l. sing. ad form. hyp.

. . . *dicendum est, ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur; sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit.* Das gesperrt Gedruckte erklärt Enneccerus (*Rechtsgeschäft, Bedingung u. s. w.* S. 361) mit guten Gründen für interpolirt. Den stärksten Verdachtsgrund hat er aber nicht angeführt; es ist das bei den Interpolationen der Compileren so häufige aus der Construction Fallen: *rursus agere poterit* (der Kläger, der noch gar nicht genannt ist) statt *agi poterit*.

21, 1, 4 § 4 Ulp. l. 1 ad ed. aed. cur.

In summa si quidem animi tantum vitium est, redhiberi non potest, nisi si dictum est hoc abesse et non abest: ex empto tamen agi potest, si sciens id vitium animi reticuit; si autem corporis solius vitium est aut et corporis et animi mixtum vitium, redhibitio locum habebit.

Dieser ganze Paragraph sieht aus wie eine von den Compileren hinzugefügte „*summa*“. Man bemerke überdies: *si quidem — si autem*; das ganz selbstverständliche *et non abest* und das ebenso überflüssige *animi* vor *reticuit*. Ferner ist gegen den *Nisi-Satz* sachlich einzuwenden, dass im Falle des *dictum* aut *promissum* Käufer auf das Interesse klagen kann. Endlich macht das *vitium mixtum et animi et corporis* einen ganz byzantinischen Eindruck; in einem solchen Falle würde sich ein classischer Jurist begnügt haben, *vitium corporis* zu constatiren und hätte folglich gar kein Bedürfniss gehabt, eine dritte Kategorie von *vitia* aufzustellen.

21, 1, 25 § 8 Ulp. eod.

... ea autem quae ante iudicium contingunt non valde ad eum (iudicem scil.) pertinent, nisi fuerint ei nominatim iniuncta. Nominatim iniungere ist compilerisch, aber auch der Hauptsatz kann unmöglich von Ulpian herrühren.

21, 1, 31 § 21 Ulp. eod.

... plerumque enim natio servi aut provocat aut deterret emptorem; idcirco interest nostra scire nationem: praesumptum etenim est quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non infamata, quosdam malos videri quia ea natione sunt, quae magis infamis est. Zur Begründung des vorausgegangenen Satzes: „qui mancipia vendunt, nationem cuiusque in venditione pronuntiare debent“ genügen vollständig die Worte plerumque enim interest nostra scire nationem, und aus diesem Grunde (sowie auch wegen des provocat) sind mir schon die Worte natio servi aut — idcirco höchst verdächtig. Was aber mit praesumptum est angeknüpft wird, ist so hölzern und breitspurig und schränkt trotzdem das, was in „interest nostra scire nationem“ liegt, so ungeschickt ein, dass die Urheberschaft Ulpians zweifellos abzulehnen ist.

21, 1, 37 Ulp. eod.

Ut ecce plerique solent mancipia, quae novicia non sunt, quasi novicia distrahere ad hoc ut pluris vendant; praesumptum est enim, ea mancipia, quae rudia sunt simpliciora esse et rel. Das fängt ganz an wie ein Beispiel bei Theophilus, und das praesumptum est haben wir in der vorigen Stelle als sicher interpolirt angenommen. Indessen scheint hier Ulpianisches und Byzantinisches so ineinandergearbeitet zu sein, dass sich das Interpolirte auch nicht einmal mit einiger Wahrscheinlichkeit angeben lässt.

26, 7, 9 § 7 Ulp. l. 36 ad ed.

Non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus l. 8 digestorum scripsit, seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuatam proscribendo (perscribendo?) Dass bei den gesperrt gedruckten Worten an das Ausstellen eines Schuldscheins im Sinne des Institutionentitels III, 21 gedacht ist,

kann wohl kaum zweifelhaft sein. Ueberdies verrathen sich die Compileren einmal durch die schleppende Wiederholung von poterit und dann durch das ungeschickte sibi mutuam perscribendo. Dasselbe ist dem vorangegangenen sibi creditam pecuniam scribere gedankenlos nachgeschrieben und dabei nicht bedacht, dass dort das sibi von creditam abhängig ist; hier würde man erwarten pupillo mutuam perscribendo, da der Dativ hier doch wohl nur die Person bezeichnen kann, zu deren Gunsten das scribere erfolgt.

26, 8, 5 pr. Ulp. l. 40 ad Sab.

Nam in pupillum non tantum tutori rerum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandam divus Pius rescripsit. Die gesperrt gedruckten Worte sind höchst unnöthig und an unrichtiger Stelle eingeschaltet; sie müssten nach cuivis stehen.

32, 37 § 5 Scaev. l. 18 dig.

Codicillis ita scripsit . . . quaesitum est, an ad pecuniam depositam petendam sufficiant verba codicillorum, cum hanc solam nec aliam ullam probationem habeat. respondi, ex his quae proponerentur, scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit, credenda est scriptura. Es versteht sich ganz von selbst, dass die in dem Codicill stehende Versicherung des Testators, die Auszahlung eidlich versprochen zu haben, die Beweiskraft des Codicills selbst nicht erhöhen bzw. zuwegebringen kann. Das gesperrt Gedruckte ist daher sicher interpolirt. Es ist aber allerdings noch mehr verdächtig: a) credenda est scriptura, statt des acc. c. inf.; b) habeat ohne Angabe des Subjects, welches bis dahin noch nirgends genannt ist. Da es überdies im höchsten Grade auffallend ist, dass Scaevola über eine Beweisfrage ein Responsum ertheilt haben soll, so wird man auch die Worte cum hanc — habeat und credenda est scriptura für Interpolation halten müssen.

39, 2, 15 § 17 Ulp. l. 13 ad ed.

Si ante hoc decretum (scil. secundum) alius quoque in possessionem missus fuerit, aequaliter ambo aedium fiunt domini, scilicet cum iussi fuerint possidere.

39, 2, 30 pr. Ulp. l. 81 ad ed.

... solet enim opus in alieno fieri, cum iure servitutis, quam quis habet alieno agro impositam, opus in alieno faciat. Das solet ist einfach inept.

Auch der § 2 desselben Fragments: Quod dictum est „aquae ducendae causa“ exempli gratia scriptum est: ceterum ad omnia opera stipulatio accomodabitur scheint mir ein Zusatz der Compileren zu sein.

41, 2, 39 Iulian. l. 2 ex Minic.

... nam si omittendae possessionis causa et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet (procedet?) Ueber aperte approbare zu vgl. Bd. VII dieser Zeitschrift, S. 28 sub VIII. Abgesehen von diesem formalen Indiz ist klar, dass die Rechtsfolge von der Thatsache abhängig ist und nicht vom Beweis derselben; vom Beweis dependirt der Erfolg des Processes. Der Zusatz klärt übrigens über die Beweislast auf. Ist das omittere possessionem hiernach nur ausnahmsweise das Gewollte, so erscheint die Interpolation in D. 16, 3, 17 § 1 doppelt ungeschickt.

50, 16, 54 Ulp. l. 62 ad ed.

Condicionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat. Dass die Worte vel qui u. s. w. hier, wohl im Hinblick auf Inst. 3, 15, 4: ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, von den Compileren beigelegt sind, beweist das et vor hi. Diejenigen, qui spem habent, sind eben die condicionales cr. im eigentlichen Sinne; wie aber das et zeigt, hat Ulpian von diesen vorher gesprochen.

Im Hinblick auf die in dieser letzten Serie vorkommenden begründenden Interpolationen ist es mir nun auch gar nicht mehr zweifelhaft, dass eine solche auch in den Worten quia nec natura debet der l. 41 de cond. indeb. (12, 6) vorliegt; vgl. Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 69 S. 326 f. und Note 50.

Auch die vorstehende Sammlung macht durchaus nicht den Anspruch, eine vollständige zu sein. Dass die in dem ersten Beitrag gegebene es nicht sei, davon habe ich mich

noch vor dem Druck derselben überzeugen können, und gebe hier noch eine kleine Nachlese von Nisi-Sätzen, darunter auch zwei aus dem Codex. Die beiden Stellen D. 26, 2, 10 § 4 und 36, 1, 68 § 1 verdanke ich dem Mitherausgeber dieser Zeitschrift Pernice.

13, 6 l. 5 § 2 Ulp. l. 28 ad ed.

... dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit, tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur, aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is apud quem deponitur. Ich will nicht bezweifeln, dass eine Kaiserverordnung des angegebenen Inhalts existirte, nur wird dieselbe nicht gesagt haben, dass dann das Verhältniss depositum sei. Dagegen unser Nisi-Satz subsumirt, eben weil es ein Nisi-Satz ist, das Verhältniss unter den Begriff des depositum und das kann Ulpian, angesichts seiner Aeusserungen im 30. Buch seines Edictscommentars (l. 1 § 8 sqq. depos.) nicht geschrieben haben. Ferner ist culpam exhibere ganz ungeheuerlich; es ist der Wendung diligentiam exhibere nachgebildet, aber dabei übersehen, dass exhibere eben nicht denselben Doppelsinn hat, wie praestare (diligentiam praestare und culpam praestare). Der Rest aut si hoc u. s. w. ist ganz in der Art vieler in dem ersten Beitrag zusammengestellter Nisi-Interpolationen.

D. 24, 3, 8 pr. Paul. 7 ad Sabin.

Si fundus in dotem datus sit, in quo lapis caeditur, lapidicinarum commodum ad maritum pertinere constat, quia palam sit eo animo dedisse mulierem fundum, ut iste fructus ad maritum pertineat, nisi si contrariam voluntatem in dote danda declaraverit mulier. Auffallend ist hier übrigens schon die Begründung quia palam sit u. s. w. Man sollte vielmehr erwarten, dass einfach darauf abgestellt wird, dass das commodum lapidicinarum innerhalb wirtschaftlicher Grenzen eben fructus ist, zumal diese Anschauung nach l. 9 § 2 de usufr. 7, 1 schon von Sabinus vertreten wurde. Indessen muss man vorsichtig sein, da sich mangelhafte Begründungen bei Paulus nicht selten finden; er gehört eben, wie auch Ulpian, schon der Zeit des be-

ginnenden Verfalls der Jurisprudenz an. Sind beide lange genug überschätzt worden, so wird eine fortschreitende Erkenntniss der Interpolationen uns vor der Ungerechtigkeit bewahren, denselben Sachen zuzuschreiben, welche ihnen fremd sind.

D. 26, 2, 10 § 4 Ulp. l. 36 ad Sab.

Potest igitur et huic fideicommissaria libertas defendi, si voluntas apertissime non refragatur. Bei fideicomm. libertas absolut selbstverständlich und wegen des apertissime noch besonders verdächtig. Mir dünkt aber, dass der ganze folgende Passus:

potest autem quis et extraneo servo defendere ex hac causa fideicommissariam libertatem: quid enim interest, suum servum an alienum tutorem scripserit, cum pupilli favore et publicae utilitatis adsumpta libertas sit in persona eius, qui tutor scriptus est. Potest igitur etc.

interpolirt sei. Ulpian geht vorher nur so weit, dass er bei Ernennung eines fremden Sklaven zum Tutor die Bedingung si liber erit, subintelligirt und Justinian berichtet im Jahr 531 (C. 6, 27 l. 5 § 1^b) nur, dass die Ernennung eines eigenen Sklaven zum Tutor zugleich dessen Freilassung implicirte, womit Paulus D. 26, 2 l. 32 § 2 und Cod. 7, 4, l. 10 pr. übereinstimmt. Möglich wäre nun immerhin, dass Justinian a. a. O. nicht vollständig berichtet, und aus dem Schweigen des Paulus möchte ich ohnehin nicht argumentiren. Allein höchst bedenklich ist: a) potest quis servo libertatem defendere (welches im Schlusssatz nochmals kommt); b) libertas adsumpta sit; c) in der Begründung finde ich benützt die l. 10 pr. C. cit.: receptum est et libertatis et pupillorum favore, aus dem favor libertatis ist aber favor publicae utilitatis geworden; meines Wissens statuiren die classischen Juristen manches utilitatis publicae causa, aber von favor sprechen sie bezüglich der utilitas publica nicht. d) Wegen der Frageform der Begründung zu vergl. Nr. II meiner Interpolationskriterien, Bd. VII dieser Zeitschrift S. 23.

Ist diese Ansicht richtig, dann ist auch Cod. 7, 4, l. 10 § 1 interpolirt. Dieser Passus ist übrigens viel besser redigirt, als die meisten Digesten-Interpolationen. Doch verräth

die Compileren a) suum proprium (servum): im pr. steht nur suum; b) tutorem adscripserit; im pr. steht dederit, dagegen adscripta libertate; c) ganz besonders nisi aliud evidenter defunctum sensisse appareat.

D. 30, 1. 57 Ulp. 1. 33 ad Sab.

Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit; si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam . . .

Dass diese Nisi-Sätze wahrscheinlich interpolirt sind, bedarf nach früheren Bemerkungen keiner weiteren Ausführung. Das Fragment scheint aber auch sonst nicht ganz geheuer, so ist z. B. sehr anstössig das Präsens si scit und si nesciat.

36, 1, 68 § 1 Paul. 1. 2 fideicomm.

Etiam absentis procuratori, si desideraret, posse restituere hereditatem ex hoc sentusconsulto Iulianus scripsit, si tamen caveat de rato habendo, si non evidens absentis voluntas esset.

Schon das si desideraret ist anstössig, weil völlig nichtssagend; es könnte auch Glossem sein. Was aber den Satz si non — esset betrifft, so stellt er nicht, wie noch Papinian in Vat. fr. 333 thut, darauf ab, dass mandatum perseverat, sondern darauf, dass die Mandatsertheilung zweifellos sei, gerade so wie die interpolirte l. 1 C. de procur. 2, 12 (meine Cognitur S. 149 f.). Das kann Julian nicht geschrieben und Paulus nicht als die Meinung Julians berichtet haben. Man kann allerdings zur Noth die Worte si non evidens voluntas esset auf den gegenwärtigen Willen des Abwesenden beziehen, aber dann wäre der Satz erst recht von den Compileren, da dann nur an einen procurator apud acta factus gedacht werden könnte, den Julian noch nicht gekannt hat und den Paulus als procurator absentis nicht bezeichnet haben würde. — Auch dieser Satz könnte übrigens Glossem sein, aber vorjustinianisches, wie ich ein solches gleichfalls auf die Procuratur bezügliches in den Institutionen des Gaius 4, 84 gefunden zu haben glaube (Cognit. und Procur. S. 143 ff.).

40, 7 l. 3 § 5 Ulp. l. 27 ad Sab.

Si decem iussus dare et liber esse quinque det, non peruenit ad libertatem, nisi totum det; interim igitur vindicare quinque nummos dominus eorum potest. Der Nisi-Satz, wenn auch inhaltlich nicht zu beanstanden, erweist sich durch seine logische Incorrectheit als Interpolation; denn in Wahrheit setzt er nicht eine Ausnahme von dem Thatbestand si — quinque det, sondern er hebt diesen Thatbestand auf.

C. IV, 1, 1 Antoninus 213.

Causa iureiurando ex consensu utriusque partis vel adversario inferente delato et praestito vel remisso decisa nec periurii praetextu retractari potest, nisi specialiter hoc lege excipiat. Dieser Ausnahmesatz verräth durch seine Ueberflüssigkeit und durch das specialiter, dass er von den Compilatoren herrührt. Das Motiv für die Hinzufügung scheint aber folgendes gewesen zu sein. Uns ist eine klare Einsicht in die Bedeutung und Anwendungssphäre der verschiedenen Eide des römischen Civilprocesses erst durch das schöne Buch von Demelius (Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprocess, 1887) eröffnet worden; wir dürfen es den Compilatoren nicht zu sehr verdenken, wenn sie manchen vom Eid sprechenden Stellen des classischen Rechts nicht die richtige Beziehung gaben. So bezogen sie die Worte vel adversario — remisso, die im Sinne des Rescripts zweifellos auf das iusiurandum in iure delatum (im Falle des Edicts si certum petetur) Bezug haben, fälschlich auf den Eid in iudicio, und hier mussten sie dann allerdings, vgl. l. 31 de iureiur. 12, 2, die Möglichkeit von Ausnahmen andeuten, während bei einem iusiurandum in iure delatum keine Ausnahme vorkam.

Vielleicht ist auch das vel remisso von den Compilatoren eingeschoben, welches zu dem „nec periurii praetextu“ schlecht genug passt.

C. 4, 65, 3 Antoninus 214.

Diaetae quam te conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus esse necessariam eam probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re locata versatus es. Jhering hat in seinem Besitzwillen S. 444 ff. sich mit dieser Stelle (die er übrigens

irrthümlich für eine Constitution von Antoninus Pius hält) unnöthige Mühe gegeben. Die Hand der Compileren ist kenntlich 1) an dem Ausdruck *corrigere domum*, 2) an dem Gebrauch von *malle* für *velle*; überdies würde die Befugniß zur Vertreibung vom Kaiser doch wohl abhängig gemacht worden sein davon, dass der Eigenthümer das Gemach selbst nöthig hat, nicht davon, dass er dies nachweist. Vom Beweis ist ja abhängig nicht irgendwelche Rechtswirkung, sondern der Erfolg im Process. So heisst es ganz correct in zahlreichen Constitutionen: wenn du das und das beweisest, wird der *praeses provinciae* das und das vorkehren.

II.

Zu Papinians Biographie.

Von

Th. Mommsen.

Unter den nicht zahlreichen Nachrichten, die uns über Papinians Lebensumstände aufbehalten sind, steht in erster Reihe das achte Capitel der Biographie Caracallas: *Papinianum amicissimum fuisse imperatori Severo et, ut aliqui loquuntur, ad finem etiam per secundam uxorem memoriae traditur et huic praecipue utrumque filium a Severo commendatum [eumque cum Severo professum sub Scaevola et Severo in advocacy fisci successisse] atque ob hoc concordiae fratrum Antoninorum fuisse* und so weiter. Die hier eingeklammerten Worte sind nichts als eine dreiste Interpolation.

Es fehlt ihnen erstens die handschriftliche Gewähr. Die Kritik der Kaiserbiographien ruht auf der vaticanischen Handschrift Pal. 899, und zwar allein auf dieser, da, wie ich an einem anderen Orte nachweisen werde, die jetzt als parallel geltende Bamberger nichts ist als eine alte Abschrift der

vaticanischen. Die fraglichen Worte giebt weder der Schreiber noch der alte Corrector des Originals und ebensowenig die Bamberger Abschrift; sie sind in der vaticanischen Handschrift auf f. 71' von einer anderen Hand, als die des alten Correctors ist, und offenbar erst nach Anfertigung der Bamberger Abschrift nachgetragen. Diese Hand setzen die Herren Mau und Stevenson in das XIII. Jahrhundert, den ursprünglichen Schreiber und den gleichzeitigen Corrector in das X.; sie ist verschieden von einer oder mehreren des XIV. oder XV. Jahrhunderts, die vielfach in der Handschrift herumcorrigirt haben. Vollständig fest steht es, dass, abgesehen zunächst von unserer Stelle, alle in die vaticanische Handschrift nach Anfertigung der Bamberger Abschrift eingetragen und in dieser nicht wiederkehrenden Correcturen kritisch werthlos und keineswegs geeignet sind die an sich wenig glaubliche Annahme, dass die Handschrift späterhin nach einem zweiten Original durchcorrigirt ist, zu unterstützen.

Zweitens widerlegt die Einschaltung sich selbst, insofern sie den klaren Zusammenhang aufhebt: die Empfehlung der beiden Söhne an Papinian und dessen Bemühen um die Eintracht der Brüder gehören deutlich zusammen. Bei der von dem neuesten Herausgeber vorgeschlagenen Versetzung der Einschaltung nach *imperator Severo* wird dieser Fehler nicht gehoben, sondern nur verschoben: damit werden die Freundschaft und die Verschwägerung auseinander gerissen. Den Stempel der Interpolation, der hier zu Tage tritt, bestätigt weiter die gleich den übrigen von *memoriae traditur* abhängig gemachte, ebenso sinnwidrige wie grammatisch zulässige Gestaltung des Zusatzes.

Für den Philologen ist damit die Sache insofern entschieden, als die Ausscheidung des Zusatzes sich als nothwendig erwiesen hat. Sachlich bleibt die Frage noch zu beantworten, wie eine derartige Interpolation hat entstehen können.

Dass Severus als *advocatus fisci* seine Laufbahn begonnen hat, steht ausser bei Victor (Caes. 20, 30) auch im Leben des Geta c. 2 und kann daher entlehnt sein. Aber dass Severus und Papinianus zusammen unter Scaevola der Rechtswissenschaft obgelegen haben und Papinian dem späteren Kaiser als *advo-*

catus fisci nachgefolgt ist, wird nur durch unsere Stelle bezeugt. Anstoss giebt in derselben *profiteri sub aliquo*, welches kaum etwas anderes bedeuten kann als was sonst durch *audire aliquem* ausgedrückt wird; es scheinen in jenem Ausdruck das Respondiren des fertigen Juristen und die Assistenz des Schülers in einander zu laufen. Aber beides mag auch faktisch sich verbunden haben, und auf keinen Fall würde ein blosser schiefer Ausdruck in einer so übel abgefassten Sammlung an sich zu kritischen Zweifeln berechtigen. Sachlich und chronologisch erscheinen die Angaben durchaus probabel: der Kaiser Severus (146—211) muss etwas älter gewesen sein als Papinian und bei dem hauptsächlich unter Marcus thätigen Scaevola können füglich beide sich für ihre amtliche Laufbahn vorbereitet haben.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass die unabweisliche Annahme der Interpolation auch ihrerseits starke Bedenken erregt.

Es ist auffallend, dass sie, wie eben gezeigt ward, mit den anderweitig feststehenden Thatsachen und Zeitbestimmungen sich inhaltlich gut verträgt. Indess damit wird man sich eben abfinden müssen; die Annahme, dass der Interpolator aus einer uns verlorenen Quelle sachlich richtige Angaben geschöpft hat, ist noch viel unwahrscheinlicher als die, dass er ausnahmsweise mit Verstand und mit Glück gefälscht hat.

Es ist ebenfalls auffallend, dass es für diese Interpolation an jeder Anknüpfung zu fehlen scheint. Indess vielleicht steht sie doch nicht allein. Eine wenigstens sachlich verwandte findet sich am Schluss der Biographie Alexanders: hier sind in das Verzeichniss der namhaften Staatsmänner aus Alexanders Zeit die Worte eingelegt: *Pomponius legum peritissimus, Alphenus, Aphricanus, Florentinus, Martianus, Callistratus, Hermogenes, Venuleius, Triphonius, Metianus, Celsus, Proculus, Modestinus: hi omnes iuris professores discipuli fuere splendidissimi Papiniani et Alexandri imperatoris familiares et socii, ut scribunt Acholius et Marius Maximus*. Dass dies von einem mit den Namen der Pandektenjuristen ebenso vertrauten wie hinsichtlich ihrer Chronologie im Stande der Unschuld befangenen Fälscher zugesetzt ist, liegt auf der Hand; die beiden Gewährsmänner hat er den

Kaiserbiographien entnommen. Es liegt nahe dies gefälschte Verzeichniss der Schüler Papinians mit der seinen Lehrer und seinen Mitschüler angebenden Fälschung in Verbindung zu bringen, und wer also beliebige Gewährsmänner seinen Fiktionen beischrieb, konnte auch den Nachfolger des Severus in der Staatsanwaltschaft entdecken. Könnte man beide Zusätze auf dieselbe Quelle zurückführen, so wäre das Befremden, welches jene Interpolation erweckt, einigermassen verringert. Allein dieser Zurückführung stellen sich Schwierigkeiten entgegen, die ich nicht zu heben vermag. Woher die letztgenannte Interpolation stammt, ist ungewiss. Nicht bloss die guten Handschriften, sondern auch, soweit der gedruckte Apparat reicht, die geringeren und selbst die ältesten Ausgaben haben sie nicht; sie erscheinen zuerst mit manchen gleich schlechten in der Venezianer Ausgabe von 1489 aus unbekannter Quelle. Es ist möglich, dass diese Zusätze alle auf eine übrigens werthlose verschollene Handschrift zurückgehen und dass der Corrector der vaticanischen einen derselben aus der gleichen Quelle aufgenommen hat, während er die anderen ignorirte; als wahrscheinlich freilich kann ich selber diese Hypothese nicht bezeichnen.

Bedenklich endlich bleibt auch die Altersfrage. Die Interpolation im Alexander sieht ganz danach aus, als wäre sie ungefähr in der Zeit entstanden, in welcher sie auftritt; und wenn die Einlage im Caracalla eine Fälschung ist, so kann sie auch nur einer Epoche zugeschrieben werden, welche den Papinian kannte und verehrte. Man möchte gern dafür den gleichen Termin ansetzen; indess auch im XIII. Jahrhundert wird eine solche Interpolation nicht allzusehr befremden.

4 **ΑΥΤΟΙ** (oder **ΥΤΟ**) Paton, **ΑΥΤΟΙ** **ΤΟ** Bull. — 4.5 **ἔ**[**μέν**]**οι** **νῦν** Paton. — 5 **EIMENEITON** fehlt Bull. — 6 **ΓΕΙΝΕΤΑΙ** **ΠΟΥ**/**ΡΟΝ** Paton, **ΓΕΙΝ**/**Τ** **ΟΙΛ** Bull. — **ΕΜΕ** Paton, **ΕΜΕΙΝ** Bull. — 7 **ΕΜΕ** Paton, **ΕΠΕ** Bull. — 9 a. E. **Π**/**Ν** Paton, **ΠΛ** Bull. — 10 **ΠΟΤΕ**/**ΕΝ** Paton, **ΟΙΛ**/**ΤΕ**/**Ν** Bull., **ΥΠΕΙ** () **Σ** Kaibel nach dem Abklatsch: 'das letzte Zeichen sieht ganz anders aus als die übrige Schrift und ist wohl gar kein Buchstab'; **ΥΠΕΙ**/**Ο** **Σ** Paton, **ΥΠΕΙΟ**/

[ἀταγ]μα διὰ τοὺς φυγοδικοῦντας. (leerer Raum)
 2 . . .ς πρὸς ταῦτα μὴ γ

Bull. Auch mir erschien das Schlusszeichen, wie Kaibel es giebt; die Ergänzung ist also unsicher; *διάταγμα*, was Pernice vorschlägt, passt sachlich besser als Ramsays *σχῆμα*. — *ΦΥΓΟΔ/ΚΟΥΝΤΑΣ* Paton.

2 *ΜΗΓ* Paton, *ΥΝ* Bull. — Wo nichts angemerkt ist, bestätigt der Abklatsch Patons Lesungen.

Zweifellos ist dies das Bruchstück eines Schreibens des Proconsuls der Provinz Asia an die freie Stadt Kos. Es handelt sich allem Anschein nach um eine Appellation, deren Einlegung der Proconsul missbilligt; denn *ἐπηρείας* [*χάριν*] heisst wohl nichts anderes als *iniuria*, *non iuste*. Der Appellant, der *αὐτὸς* der Z. 4, muss wohl der Vertreter der Stadtbehörde, ihr *ἐκδικος* oder *σύνδικος* sein, theils weil der Proconsul aus einem Decret derselben von der Appellation erfährt, theils weil das für das Succumbenzgeld erforderliche Versprechen von den Archonten gefordert wird¹⁾. Sonst erhellt weder der Gegenstand des Rechtsstreits noch warum der Statthalter die Appellation schon in diesem Stadium tadelt. Ausgesprochen war nur die Appellation selbst, nicht die anzurufende Behörde; es bestand die Alternative, wie sie in dem Hadrianischen Reglement für die der freien Stadt Athen zukommenden Oellieferungen (C. I. A. III, 39) aufgestellt wird: den Process entscheidet die Bule entweder allein oder mit Zuziehung der Volksgemeinde, die Appellation aber geht an den Kaiser oder an den Proconsul (*ἐὰν δὲ ἐκκαλέσῃται τις ἢ ἐμὲ ἢ τὸν ἀνθύπατον, χειροτονεῖτω συνδίκους ὁ δήμος*). In dem ersten Fall behält sich der Statthalter die Prüfung vor, ob er dieser Appellation stattgeben will oder nicht. In dem zweiten Fall will der Proconsul zunächst die Archonten verantwortlich machen für die Succum-

¹⁾ Wäre es sprachlich zulässig *ἀξιόχρεως* als Substantiv zu fassen, also zu übersetzen: 'es müssen die Archonten Bürgen nehmen zum Belauf von 2500 Denaren', so würde sich die Sache viel einfacher stellen: dann würde der Process zu denken sein als geführt von zwei Privaten vor dem städtischen Gericht und wiese der Proconsul dieses an die Bürgschaft zu fordern. Aber es ist dies sprachlich wohl nicht möglich. Uebrigens besteht auch bei dieser Annahme alles, was weiterhin über diese Inschrift ausgeführt ist.

benzsumme, also sie anhalten dieselbe zu versprechen, wie das wegen (*διὰ*) der zu Unrecht Appellirenden ergangene proconsularische Edict dies vorschreibt; denn dies wird gemeint sein. Dies entspricht dem allgemeinen bei Paulus sent. 5, 33 erörterten Verfahren: die Summe kann deponirt werden, wird aber in der Regel promissorisch sicher gestellt. Dass das Unterliegen im Appellationsverfahren hier als *φυγοδικεῖν* bezeichnet wird, ist angemessen, insofern die Succumbenzsumme als verwirkt galt, wenn die Appellation nicht oder nicht gehörig begründet ward — im gleichen Sinn nennt Diocletian (cod. Iust. 7, 62, 6, 6) diese Bürgschaften *cautiones de exercenda provocatione*, und die *moratoriae cautiones* (Paul. 5, 35, 2) mögen nichts sein als besondere ausdrücklich gegen die Verschleppung der Rechtfertigung der Appellation gerichtete Clauseln. Die Processualisten werden dies Document in Zukunft mit zu berücksichtigen haben.

Aber es hat auch staatsrechtliches Interesse. Einmal ist es für die Stellung der freien Städte von Wichtigkeit, dass sowohl von Athen wie von Kos nicht bloss an den Kaiser, sondern selbst an den Proconsul appellirt werden kann, obwohl noch Kaiser Traianus sich nicht das Recht zuschreibt ein Decret der freien Stadt Amisus im ordentlichen Wege Rechtens zu cassiren (Staatsrecht 3, 688). Nicht minder bemerkenswerth aber ist es, was Ramsay mit Recht der Inschrift entnahm, dass der Statthalter danach der Appellation an den Kaiser und überhaupt wohl der Beschickung des Kaisers aus seiner Provinz Folge zu geben wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Es ist dies für die Unterthanengemeinde schon von mir angenommen worden (Staatsrecht 3, 742); hier wird es nun sogar auf die freie Gemeinde angewandt. Dass die Ablehnung eines derartigen Gesuchs für den Statthalter auch bedenklich werden konnte, leuchtet andererseits auch ein.

Zu Z. 2 bemerkt Kaibel: „*ἔθετο τὴν ἐκκλησίαν* ist eine ungewöhnliche Ausdrucksweise; für *appellare* oder *appellationem facere* würde man *ἐποιήσατο τὴν ἐκκλησίαν* erwarten. Vielleicht soll jenes nicht ‘Berufung einlegen’, sondern ‘Berufung anmelden’ heissen und ist zu ergänzen [*ὅτι δικαίως τὴν ἐκκ*]*λησίαν ἔθετο*.“ Ausserdem fügt er hinzu: „Die grie-

chische Benennung der Caution *παραβόλιον* ist bei Pollux 8, 63 überliefert. *παραβόλιον* und *αυγοδικεῖν* stehen zusammen in dem Schreiben des Proconsuls P. Cornelius Scipio an die Stadtgemeinde Thyateira (Viereck sermo Graecus quo senatus p. q. R. usi sunt n. VIII = Bull. de corr. hell. 10, 399), das freilich, zerstört wie es ist, eine sichere Erklärung nicht zulässt, aber ebenfalls einen Fall der Appellation behandelt.“

IV.

Zu Cicero de legibus II, XIX—XXI.

Von

Herrn Dr. B. Kübler

in Braunschweig.

Im 9. Bande dieser Zeitschrift hat Burckhard die schwierigen Capitel 19—21 aus dem zweiten Buche von Ciceros Schrift über die Gesetze eingehend besprochen. Er prüft mit grosser Sorgfalt alles, was bisher über diese Stelle vorgebracht ist, interpretirt sehr klar den überlieferten Text, den er mit Vorsicht und Bedacht behandelt, zeigt vor allem, wo die Hauptschwierigkeiten stecken, und giebt, nachdem er die früheren Erklärungen widerlegt hat, seine eigene Lösung der Aporia. Wir geben zu, aus seiner lichtvollen Erörterung ungemein viel gelernt zu haben; aber mit seinem Resultate können wir uns nicht einverstanden erklären. Wir müssen vielmehr noch einmal auf diese Frage zurückkommen, und wollen unsererseits versuchen, mit unserem Laienverstande Ciceros Worte zu deuten. Es sollte uns freuen, wenn es uns dadurch gelänge, die Ehre der Philologen zu retten, welche Burckhard in seinem Aufsatz in ähnlicher Weise anzapft, wie Cicero an jener Stelle die Juristen.

Es handelt sich an der fraglichen Stelle um die *sacra privata*, deren Ableistung man, wie es scheint, häufig als eine

unbequeme Last ansah, welche man sich gern von den Schultern wälzte. Namentlich bei Erbschaftstheilungen mochte es oft vorkommen, dass der eine der Erben dem anderen diese unangenehme Beigabe zuzuschieben suchte, und hierbei traten denn mancherlei schwierige Fragen zu Tage. Cicero macht nun den Priestern den Vorwurf, zumal den beiden Mucius Scaevola, sie hätten in solchen Fällen das Interesse der betreffenden Erben über dasjenige der *sacra*, das ihnen zuerst hätte am Herzen liegen müssen, gestellt, oder der Jurist hätte es in ihnen über den Priester davongetragen. Sie hätten selbst den Erben die Kniffe und Piffe gezeigt, die ihnen geholfen hätten, sich von jener Last der *sacra* zu befreien. Als leitender Grundsatz, sagt Cicero, galt, dass die Pflicht der *sacra* dem auferlegt wurde, der das Vermögen erhielt (§ 48 *ut . . . iis essent ea (sacra) adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit*). Wer war das aber? Darauf antworten die Scaevola mit fünf Fällen, nämlich 1) der Erbe. 2) Derjenige, welcher *morte testamentove* ebensoviel erhält, als alle Erben zusammen. 3) Wenn kein Erbe da ist, *qui de bonis, quae eius fuerint, quom moritur, usu ceperit plurimum possidendo*. 4) Im Falle, dass auch ein solcher nicht existire, der etwas erhalten habe, derjenige aus der Zahl der Gläubiger des Verstorbenen (so ist doch wohl *de creditoribus eius* zu verstehen), der am meisten rette (*qui plurimum servet*). 5) Der Schuldner des Verstorbenen, der seine Schulden an niemand zu bezahlen habe, gelte als Empfänger. Die Früheren, fährt Cicero fort, unterscheiden nur drei Fälle; auf diese kommt uns hier nichts an, da Cicero den Priestern folgt.

Nachdem nun der Hauptsatz, dass die *sacra* mit der *pecunia* zusammengehören, noch einmal wiederholt ist, werden die Schliche besprochen, durch die man diesen Satz zu umgehen sucht. Es sind deren drei, und sie werden zweimal aufgeführt, zuerst in §§ 50. 51 und nachher in § 53. Dazwischen steht in § 52 eine Apostrophe an die beiden Scaevola, in denen diesen beiden Juristen ihre Rabulisterei scharf vorgehalten wird. Der erste der drei Schliche ist allerdings im § 50 nicht erwähnt, wir lernen ihn aber aus der zweiten Stelle kennen. Er besteht darin, dass der Erblasser, der dem Legatar ebensoviel vermachte als den Erben zusammen, eine

kleine Summe, gewöhnlich 100 nummi, von dem Legate abzog. War das nicht geschehen, sei es unbewusster Weise oder in bewusster Absicht, so half sich der Legatar dadurch, dass er nicht das ganze Legat nahm, sondern etwas weniger. Der dritte Ausweg war der, dass der Legatar die Erben durch nexi liberatio befreite, sich aber zugleich, wie wir allerdings erst aus § 53 lernen, des Legats durch Stipulation versicherte. Sehen wir davon ab, dass der erste Ausweg erst an der zweiten Stelle (§ 53) von Cicero erwähnt wird und daher der § 50 für den Uneingeweihten recht schwer verständlich ist, auch das *atque etiam dant hoc Scaevolae* sich nicht ganz leicht an das Vorangehende anschliesst, so ist alles völlig klar. Es steht aber im § 51 noch ein Satz, der beim ersten Anblick absolut nicht in den Zusammenhang zu passen scheint und der deshalb auch von mehreren als Interpolation getilgt worden ist. Wir setzen die ganze Stelle noch einmal hierher:

Atque etiam dant hoc Scaevolae, quom est partitio, ut, si in testamento deducta scripta non sit ipsique minus ceperint quam omnibus heredibus relinquatur, sacris ne alligentur. in donatione hoc idem secus interpretantur et quod pater familias in eius donatione, qui in ipsius potestate est, adprobavit, ratum est, quod eo insciente factum est, si id is non adprobat, ratum non est.

Die Worte von „in donatione hoc idem“ an sind es, welche den Ausgangs- und Endpunkt von Burckhards Abhandlung bilden. „Was für eine Schenkung ist es“, fragt er, „um die es sich hier handelt? Wer ist der schenkende paterfamilias, der entweder in eigener Person schenkt oder die Schenkung seines Hauskindes gestattet, bezüglich nachträglich ratihabirt? Was ist es, was die pontifices, und zwar die Scaevolae, hier anders interpretiren? Und was ist dasjenige, was vorher Gegenstand der Interpretation ist und wovon eben bei solcher Schenkung die Interpretation abweicht?“

Wenn man den Wust ansieht, der von Philologen und Juristen zu Beantwortung dieser Fragen zusammengeschleppt ist, kann einem angst und bange werden. Die richtige Antwort ergiebt sich aus der einfachen und ungezwungenen Interpretation der Worte Ciceros. Bevor wir sie aber geben, müssen wir Burckhards Lösung mit einem Blick betrachten. Er hält

donatio mortis causa für ausgeschlossen und versteht unter *donatio* hier *donatio inter vivos*, und zwar handelt es sich nach ihm „um eine Schenkung des *legatarius partiaris*, um eine Minderung des erworbenen Vermächtnissbetrages durch seine bezüglich seines Hauskindes unentgeltliche Veräußerung“. Es stand dem Legatar frei, um sich von der Last der *sacra* frei zu machen, seine Rechte nicht auf den ganzen Umfang der ihm legirten Güter geltend zu machen; er durfte zwar nicht einen Theil des Legats *repudiare*, wenn er nicht auf das ganze Legat verzichten wollte, aber er konnte es unterlassen, alles und jegliches, was zum Legate gehörte, in Besitz zu nehmen. Starb er, so konnte sein Erbe nachträglich die betreffenden Güter nachfordern. So wird von Burckhard das *minus capere* richtig erläutert. Es gab aber nach ihm auch einen anderen Ausweg. Der Legatar konnte auch einen Theil des Legats verschenken oder durch seinen Haussohn verschenken lassen, und sich dann darauf stützen, dass er doch thatsächlich nicht soviel habe, als die übrigen Erben zusammen; denn auf das thatsächliche „Haben“ komme eben alles an. Soweit seien nun die *Scaevolae* nicht gegangen, und bei einer solchen *donatio* hätten sie eine andere Interpretation gegeben.

Wir unsererseits können, wenn wir von der philologischen oder besser gesagt grammatischen Auslegung der Stelle ganz absehen, zu dieser Erklärung nur sagen: Wenn das juristisch möglich ist, so scheint uns allerdings *summum ius* identisch zu sein mit *summa iniuria*. Was für einen rechtlichen Zusammenhang hat eine solche Schenkung mit der Frage, auf die es hier allein ankommt, wer von den Gütern des Verstorbenen mehr erlangt habe, die Erben oder der Legatar? Es ist eine Wortverdrehung schlimmster Art, wenn auf das „Haben“ der ganze Nachdruck gelegt wird; nicht darauf kommt es an, *quis (oder uter) plus habeat*, sondern *quis plus capiat*, und zwar *quis plus capiat morte*. Und wozu vollends erst der Ausweg, dass der Legatar nicht selbst schenkt, sondern durch einen Sohn schenken lässt! Wir glauben nicht, dass sich diese gekünstelte Erklärung viel Freunde erwerben wird.

Suchen wir also die oben angeführten Fragen Burckhards richtiger zu beantworten.

I. „Was für eine Schenkung ist es, um die es sich hier handelt?“ Eine *donatio mortis causa*, wie fast alle annehmen, und wie der Zusammenhang und die Stellung des Wortes *donatio* erfordert. Im Gegensatz zu „*quom est partitio*“ ist „*in donatione*“ hier in signifikanter Weise, wie wir Philologen uns auszudrücken pflegen, an die Spitze gestellt. Wer sich das recht klar machen will, der lese die Worte laut mit richtiger Betonung.

II. „Wer ist der schenkende *paterfamilias*, der entweder in eigener Person schenkt oder die Schenkung eines Hauskindes gestattet, bezüglich nachträglich *ratihabirt*?“ — Niemand; es schenkt gar nicht der Vater, sondern der Sohn; mit keiner Gewalt des Himmels und der Erde kann man die Worte in *eius donatione, qui in ipsius potestate est* anders auslegen.

III. „Was ist es, was die *pontifices*, und zwar die *Scaevolae*, hier anders interpretiren?“ Das *minus capere*.

IV. „Und was ist dasjenige, was vorher Gegenstand der Interpretation ist und wovon eben bei solcher Schenkung die Interpretation abweicht?“ Dasselbe *minus capere*.

Gegen diese Erklärung geht zwar Burckhard an zwei Stellen scharf vor, pp. 288 ff. und pp. 317 ff. Aber alles, was er dagegen vorbringt, zeigt eben nur, dass die *Scaevola* gute Gründe hatten, bei dieser *donatio* eine andere Interpretation anzuwenden als bei der *partitio*. Nur müssen wir uns freilich vor dem bereits in Frage II ausgesprochenen Irrthum frei machen, als sei der *paterfamilias* der Schenkende. Auf diese falsche Annahme stützt sich die ganze Deduction Burckhards auf S. 319. Er spricht es auch dort noch einmal aus: „Handelte es sich — wovon, wenn einmal *mortis causa donatio* angenommen wird, doch ernstlich allein die Rede sein kann — um eine *mortis causa donatio* des Erblassers“ etc. Aber darum handelt es sich eben nicht, sondern um eine Schenkung des Sohnes; diese aber ist gegenübergestellt einem *legatum partitionis, resp. testamentum* des *paterfamilias*. Warum das? Weil ein Haussohn kein Testament machen kann; Gai. D. 28, 1, 6 pr. „*Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi ius non habet, adeo ut, quamvis pater ei permittat, — nihilo magis tamen iure testari possit*“. Wie

wurde die Bestimmung nun umgangen? Durch *donatio mortis causa*: Marcian. D. 39, 6, 25, 1. „*Filius familias, qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest*“. Wie uns scheint, lösen sich, sobald man diese beiden Sätze festhält, alle Schwierigkeiten. Der Sohn schenkte *mortis causa* ein *peculium* einem anderen, sei es mit, sei es ohne Wissen des Vaters. Die Schenkung ist angenommen, aber sie wird erst *perfect* mit dem Tode des Sohnes, und auch dann nur, wenn sie mit Wissen und Willen des Vaters vollzogen ist. Ist das nicht geschehen, so muss die *Ratihabition* des Vaters zum Tode des Sohnes hinzukommen, um die Schenkung *perfect* zu machen. Es kann nun der Fall eintreten, dass der Beschenkte ebensoviel erhalten hat, als dem Vater nach Abzug dieser Schenkung von seinem Vermögen noch übrig bleibt, und dass deshalb der letztere von jenem die Uebernahme der *sacra* verlangt. In diesem Falle standen die Priester dem Vater zur Seite; es war natürlich auch jetzt dem Beschenkten erlaubt *minus capere*, gerade wie dem Legatar. Aber das nützte ihm nichts, denn hier interpretirten die Priester *hoc idem*, d. h. das *minus capere* anders. Es kam zur Entscheidung der Frage *quis sacris adstringatur* nicht darauf an, *quid ceperit* is, *cui mortis causa donatum erat*, sondern *quid pater familias in donatione adprobaverit*. Der Sohn hatte einem anderen beispielsweise 5000 vermacht. Die Schenkung war angenommen und vom Vater genehmigt. Nach dem Tode des Sohnes stellt sich heraus, dass der Vater auch nur 5000 hat; er verlangt daher, dass jener Beschenkte die *sacra* übernimmt. Dieser sucht sich damit zu helfen, dass er nur 4900 *usucapirt*. Natürlich kann ihn keiner zwingen, auch die letzten 100 zu nehmen. Aber für die Entscheidung des Rechtsstreites ist das gleichgültig; nachdem der Vater die Schenkung in der Höhe von 5000 genehmigt hat, fällt der richterliche Urtheilsspruch über die *sacra privata* dieser Entscheidung des Vaters entsprechend aus. Ganz dasselbe ist der Fall, wenn die *donatio mortis causa* ohne Wissen des Vaters erfolgt ist und nun nach dem Tode des Sohnes vom Vater bestätigt wird. Denn auch dann fragt es sich, wenn die Schenkung *ratihabirt* ist, nur, wie hoch die Schenkung war, nicht *quantum ceperit*

is, cui donatum est. Es brauchte auch der Streit nicht immer zwischen dem Vater des Verstorbenen und dem Beschenkten stattzufinden. Es mochte oft genug der Fall eintreten, dass der Vater schon vor dem Sohne gestorben war. Auch dann fragte es sich nur, ob die Schenkung vom Vater genehmigt war, und es half dem Beschenkten nichts, wenn er weniger nehmen wollte als der Erbe.

Es scheint uns hiernach der Grund ersichtlich zu sein, warum Cicero bei der *donatio* hauptsächlich vom *filius familias* und vom *pater* spricht. Jeder andere Bürger, als der *filius familias*, qui sub potestate erat, konnte seinem letzten Willen durch Testament und Legate Ausdruck geben. Der Haussohn konnte sich nur durch *donatio mortis causa* helfen. Und wie oft mochten solche Fälle vorkommen! Denken wir doch nur an Ciceros Zeiten! Fortwährend standen die Söhne der besten Familien im Felde dem Feinde gegenüber; lag es da nicht oft genug nahe, an den Tod zu denken und über seinen Nachlass Verfügungen zu treffen?¹⁾ Wir brauchen gar nicht an Fälle zu denken, wo der Sohn über sein *peculium* gegen den Willen seines Vaters zu verfügen wünschte; wenn er im Felde stand und seine Habe durch *donatio mortis causa* vermachte, so konnte er nicht erst die Genehmigung des Vaters einholen. Fiel er nun, so war hinterher die Genehmigung des Vaters doch noch nöthig. Leicht lassen sich auch, ausser dem Kriege, andere Fälle erdenken; z. B. ein Haussohn ging als *legatus* eines hohen Beamten in die Provinz und traf seine letzten Anordnungen, ehe er die gefährliche Seereise antrat. Wir führen dies nur an, um Burckhards Frage zu beantworten (p. 291), „ob dieser dem Legat der Hälfte des Nachlasses entsprechende Fall (der *donatio mortis causa*) wohl je vorkommt?“ Warum sollte der Officier nicht einem lieben Kameraden oder seiner Gattin oder seinen Kindern daheim die Hälfte seines Vermögens oder auch das gesammte Hab und Gut *mortis causa* schenken?

Ebenso leicht, wie uns dünkt, erledigt sich der andere Einwand Burckhards (p. 317), bei der *mortis causa donatio*

¹⁾ Die *libera testamenti factio* wurde den Soldaten erst von Caesar gegeben. D. 29, 1, 1 pr.

lasse sich eine Unterscheidung zwischen Zuwendung von Seiten des Verstorbenen und thatsächlicher Geltendmachung bezüglich Nichtgeltendmachung derselben gegen die Erben gar nicht denken. Zur Schenkung gehöre Annahme des Beschenkten u. s. w. Ganz dasselbe, was hier von der Schenkung ausgeführt wird, gilt, wie Burckhard selbst auf p. 325 ausführt, auch vom Legat. Der Beschenkte muss freilich die Schenkung annehmen, wenn sie gelten soll; aber auch der Legatar kann entweder nur das ganze Legat annehmen oder er muss auf das ganze Legat verzichten. Ein theilweises Annehmen des Legates giebt es nicht. Wenn dennoch die pontifices bei dem Rechtsstreit über die *sacra* die Einrede des Legatars gelten liessen, er habe nicht die ganze Summe genommen, so konnte man allerdings erwarten, dass derselbe Grund auch bei der *donatio* hätte angeführt werden können. Aber dem war eben nicht so, in *donatione hoc idem secus interpretabantur*.

Was war der Grund, dass die pontifices bei der *donatio* anders entschieden? War es wirklich der von Cicero ihnen so heftig vorgehaltene, war es wirklich ihre Vorliebe für Juristerei? Wir kennen Cicero aus seinen Reden als einen in allen Advocatenkünsten wohl geübten Anwalt, dem man nicht ohne weiteres trauen darf; wir werden auch hier gut thun, die Sache einmal von der anderen Seite anzuziehen und zu untersuchen, ob nicht vielleicht auch vom priesterlichen Standpunkte gute Gründe gefunden werden konnten zu der verschiedenen Auslegung. Cicero sagt (§ 50): *pontifices cum pecunia sacra coniungi volunt isdemque ferias* (Mommsen sehr gut: *hereditates*) *et caerimonias adscribendas putant*. Also die Priester ketteten die *sacra* an das Geld! Cicero selbst dagegen rühmt sich den Satz zu vertreten (§ 47): *ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur et . . . perpetua sint sacra*? Wie, wenn dieser Satz aber gerade die Priester leitete und sie zu ihrer verschiedenen Auslegung veranlasste? Bei dem *legatum* unterstützten sie den Legatar, wenn er sich der Uebernahme der *sacra* entziehen wollte; sie wollten eben soviel als möglich dafür sorgen, dass die *sacra* bei der *familia* blieben, und es kam ihnen dabei nicht darauf an, selbst ein so schwaches Rechtsmittel, wie das *minus capere*, gelten zu lassen. Bei der *donatio* war dieser Ausweg weniger nöthig.

Hatte der Haussohn *insciente patre* einem Fremden sein *peculium* vermacht, so konnte der Vater mit einem Worte die ganze Schenkung annulliren. Hatte er aber, und das war wohl das gewöhnliche, sein Gut durch *donatio* seiner Gattin oder seinen unmündigen Kindern vermacht, sei es mit oder ohne Wissen des Vaters, so konnten die Priester ruhig zugeben, dass die Kosten der *sacra*, wenn der Vater die Schenkung genehmigte, aus dem Vermögen der Wittve oder der Enkel bestritten wurden. Denn sie blieben doch in diesem Falle immer in der Familie.

V.

Emendationen des Pandektentextes.

Von

Herrn Dr. B. Kübler

in Braunschweig.

Hiermit möchte ich mir erlauben, dem Urtheil der Juristen einige Verbesserungsvorschläge zum Texte der Digesten zu unterbreiten. Obwohl sie sich zumeist auf sprachliche Beobachtungen stützen, so dienen doch auch sie dem Endzwecke vieler in dieser Zeitschrift veröffentlichter Arbeiten, der Herstellung der ursprünglichen unverfälschten Gestalt der Schriften römischer Juristen.

Gaius liber quarto decimo ad edictum provinciale. D. 38, 1, 19: *aut certe ita exigendae sunt ab eo operae, ut his quoque diebus, quibus operas edat, satis tempus ad quaestum faciendum, unde ali possit, habeat.* Dass Gaius „*satis tempus*“ geschrieben habe, ist nicht glaublich, obwohl in seinen Institutionen eine analoge Verbindung von *satis* nicht vorkommt. Aber Gaius schreibt in dem citirten Fragment den Neratius aus. cf. h. t. 22, 2 und Ner. 38, 1, 50:

Gaius

in omnibus operis praecipue observandum est, ut temporis spatia, quae ad curam corporis necessaria sunt, liberto relinquuntur.

Neratius

non solum autem libertum, sed etiam alium quemlibet operas edentem alendum aut satis temporis ad quaestum alimentorum relinquendum et in omnibus tempora ad curam corporis necessariam relinquenda.

Da in dem Fragment des Neratius richtig *satis temporis* überliefert ist, so werden wir dasselbe auch beim Gaius herstellen dürfen.

Pomp. 7, 1, 19 pr.: *Si ille heredi meo promiserit per se non fore, quo altius ea aedificia tollantur, tum ei eorum aedificiorum usum fructum do lego.* Die Verbindung *per se non fore*, quo ist ohne jede Analogie; sehr häufig dagegen *per se non esse, quominus*. Dass dies hier zu emendiren ist, beweist der Text der Basilika zur Evidenz, wo es heisst: *μη κωλύειν αὐτὸν ὑψοῦν τόνδε τὸν οἶκον*. Man nehme nicht Anstoss an dem allerdings wenig eleganten Nebeneinander der beiden Comparative *minus altius*; *quominus* gilt ebenso als ein zusammengehöriger Begriff, wie *altius tollere*. Höchst auffällig dagegen schreibt Ulp. D. 27, 9, 5, 10 *sed si sit alia possessio minor vel minus utilior pupillo*; doch erscheint es hier geboten, vor der Hand nichts zu ändern; die beiden Comparative sind möglicher Weise durch eine ähnliche Abundanz des Ausdrucks zu erklären, wie *malle magis* oder *potius* Rescr. Hadr. ap. Paul. D. 48, 20, 7, 3: *cum ampliari imperium hominum adiectione potius quam pecuniarum copia malle*. Paul. D. 39, 6, 35, 2: *illum potius quam se habere mavult*. *ibid. recepisse potius quam dedisse mavult*¹⁾.

Pomp. D. 8, 2, 25, 1. *Si ex tribus aedibus in loco impari positae aedes mediae superioribus serviant aedibus, inferiores autem nulli serviant.* Für *nulli* wird *nullis* zu schreiben sein, scil. *aedibus*.

Pomp. D. 24, 1, 31, 7. *Quod legaturus mihi aut hereditatis nomine relicturus es, potes rogatus a me uxori meae*

¹⁾ Im sinkenden Latein ist diese Verbindung häufig.

relinquere et non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis deminuitur: in quo maxime maiores donanti succurrisse Proculus ait, ne amore alterius alter despoliaretur, non quasi malivolos, ne alter locupletior fieret. Mommsen ändert *malivolos* in *malivolo*, was ich nicht anders verstehen kann, als dass *malivolo* Adverb sein soll; diese Form ist jedoch unbezeugt, das Adverbium heisst *malivole*. *Malivolos* ist ganz richtig, es ist Acc. Plur. und mit *maiores* zu verbinden. Aber die Stelle ist lückenhaft überliefert. Proculus sagt, die Vorfahren hätten in solchen Fällen den Schenkenden unterstützt, denn sie hätten mit dem Gesetze, durch welches die Schenkung zwischen Gatten verboten wurde, beabsichtigt, zu verhüten, dass der eine der Gatten durch die Liebe zum andern beraubt würde, nicht als boshafte Menschen, dass der eine der beiden Gatten reicher würde. Wie die Worte jetzt überliefert sind, folgt der Satz mit *ne* ohne jeden Zusammenhang auf das Vorhergehende; ein befriedigender Ausdruck wird hergestellt, wenn wir beispielsweise einschieben *hoc spectantes*, also: *in quo maxime maiores donanti succurrisse Proculus ait hoc spectantes, ne etc.*, worauf denn *malivolos* dem *hoc spectantes* coordinirt ist. Verhehlen kann ich freilich nicht, dass mir, indem ich dieses schreibe, der ganze Zusatz höchst schwülstig erscheint, sodass ich ihn fast lieber dem Tribonian und seiner Sippe zuschreiben möchte. Pomponius' Fragment würde dann mit den Worten *Proculus ait* schliessen. Sollte etwa *malivolos* ein nach griechischer Weise auf *ως* gebildetes Adverbium sein und so recht deutlich den Interpolator verrathen?

Pomp. D. 47, 12, 5: *legibus namque praediorum vendundorum cavetur, ut ad sepulchra, quae in fundis sunt, item eius aditus ambitus funeri faciendi sit.* Die schwer verdorbene Stelle sucht Mommsen unter Anführung einer Reihe von Inschriften so zu heilen: *ut ad sepulchra, quae in fundis sunt, itus aditus ambitus sacrificii faciendi sit.* Dadurch wird aber *eius* ebensowenig erklärt als *funeri*, auch bleibt der Genetiv *sacrificii faciendi* anstössig. Ich glaube, dass aus *eius* herzustellen ist *actus* [€IUS = (A)CTUS]. Diese Emendation ist palaeographisch sehr wahrscheinlich und sachlich durch Inschriften gestützt (Bruns, Font. ³ p. 311, Nr. 42. 47). *Funeri* ist zwar durch keine mir bekannte Inschrift belegt; da

es aber an und für sich nicht anstössig ist, so möchte ich es nicht tilgen und lieber danach den Ausfall von *sacrificiive* annehmen. Natürlich ist dann auch statt *funeri* herzustellen *funeris*. Nach *faciendi* aber halte ich *causa* für unentbehrlich und schreibe demnach die ganze Stelle so: *ut ad sepulchra, quae in fundis sunt, itus* ¹⁾ *actus aditus ambitus funeris sacrificiive faciendi causa sit.*

Ich schliesse eine Anzahl von Stellen an, bei denen ich den Ausfall eines oder mehrerer Worte glaube annehmen zu müssen.

Paul. D. 18, 7, 9: *et posterior magis admonendi emptoris et liberandi se eandem legem repetierit*; hinter *se* ist *causa* ausgefallen. cf. Fuchs, Krit. Stud. p. 42 zu Iul. D. 40, 4, 5, 1.

Iul. Aquil. D. 26, 7, 34: *Respondit ad instruendam diligentiam iudicantis et pupillorum utilitatem admittendam servos quoque eorum interrogari posse.* Für das sinnlose *admittendam* schlägt Mommsen vor: *adiuvandam*. Ich glaube aber, dass daneben auch *admittendam* stehen bleiben muss, nur mit der kleinen Aenderung *admittendum*. Die Abundanz: *admittendum servos . . . interrogari posse* ist nicht ohne Beispiele. cf. Ulp. 3, 4, 7, 2. 7, 8, 4, 1; 12 pr. 29, 2, 6, 4. 32, 11, 13. 33, 4, 1, 1. 48, 5, 28, 9. Paul. 46, 3, 98, 8.

Ulp. D. 38, 2, 3, 6: *Patronus contra ea bona liberti omnino non admittitur, quae in castris sunt quaesita.* Es ist zu verbessern: *Patronus contra (tabulas ad) ea bona liberti omnino non admittitur.*

Ulp. D. 24, 1, 32, 10 sq. ist stark von den Interpolatoren überarbeitet, wodurch einiges Echte verdrängt worden ist. Zu tilgen ist zunächst die alberne Bemerkung: *plerique enim cum bona gratia discedunt, plerique cum ira sui animi et offensa.* *Plerique* in der Bedeutung „einige“ ist zwar im silbernen Latein ganz gewöhnlich, *plerique* — *plerique* aber gesagt wie *alii* — *alii* ist mir unbekannt und auch von den Lexicis nicht bezeugt. Im folgenden Paragraphen sind die Worte *deinde matrimonium restauratur* von Mommsen beseitigt.

¹⁾ Oder doch *iter*? trotz Mommsens Widerspruch? Jedenfalls konnte *item eius* leichter aus *iter actus* als aus *itus actus* verdorben werden. Und ganz ohne Analogie ist *iter* doch nicht, cf. Br. Font. XV, 48: *neque iter ambitum introitum ullum in eo habere.*

Der § 12 erscheint wegen des *frivusculum*, das, soviel ich weiss, ausser an dieser Stelle nur beim Isidorus begegnet, zweifelhaft. Inhaltlich scheint er mir zu den Auseinandersetzungen Ulpian's zu passen wie die Faust aufs Auge. Doch masse ich mir darüber keine Entscheidung an. In § 13 halte ich die weise Bemerkung: *non enim coitus matrimonium facit, sed affectio maritalis* für ebenso interpolirt wie Ulp. D. 35, 1, 15: *nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*. Denn dass der coitus allein ebensowenig zur Herstellung eines matrimonium ausreichte, als concubitus mit nuptiae identisch war, brauchte Ulpian nicht erst besonders hervorzuheben, und war in diesem Zusammenhang vollends höchst überflüssig. Obendrein ist der Ausdruck *maritalis affectio* verdächtig. Die Ausführungen des § 14 erweisen, dass im Anfang etwas ausgefallen ist. Nach den Worten: *et prius illud volo tractare* wird der Fall besprochen, dass beide Ehegatten gestorben sind, darauf derjenige, dass beide in Gefangenschaft gerathen sind. Demnach dürfte der Anfang des Paragraphen so zu ergänzen sein: (*Quid vero, si ambo decesserint? vel*) *si ambo ab hostibus capti sint* etc.

Vor *atque* hat Mommsen an zwei Stellen *aeque* einzuschieben verlangt¹⁾: Afr. D. 30, 109 pr. *alioquin et frustra legaturus sit (aeque) atque si ita exprimat* und Alf. D. 33, 8, 14: *quare recte peculium legatum esse videri (aeque) ac si prius liber esse, deinde peculium sibi habere iussus est*. Allein das bloss *ac si* oder *atque si* = *quasi* ist in silberner Latinität nicht nur sonst nicht selten, sondern es finden sich auch in den Digesten Belege, wenn mir auch von Alfenus gerade kein Beispiel zur Hand ist: Marcian D. 30, 114, 7: *verius esse existimo . . . valere fideicommissum, atque si de hereditate sua restituenda rogatus esset*; ebenso Tryph. 23, 3, 76. Paul. 41, 4, 2, 8. Blosses *atque* (ohne *si*) Paul. D. 5, 4, 5, 1: *numquid adire non possit, atque qui in testamento portionem suam nescit. Ita — atque* Ulp. D. 5, 1, 19, 3: *quod cum eo servo contractum est, ita habendum atque si cum domino contractum sit*. In ähnlicher Weise findet sich nicht selten *quam* ohne vorhergehenden Comparativ oder Vergleichungs-

¹⁾ *aeque* — *atque* habe ich überhaupt weder bei Alfenus noch bei Africanus gefunden; bei beiden dagegen wiederholt *perinde* — *atque*.

partikel. Iul. ap. Ulp. D. 29, 2, 20 pr.: *pro herede gerere non esse animi quam facti*. Scaev. D. 32, 102 pr.: *chirographis exactis quam pecunia erogata*. Pap. D. 12, 7, 5, 1: *sed recte defendi non turpem causam in proposito quam nullam fuisse*. Paul. D. 18, 4, 21: *potest videri ut negotium eius agam quam hereditatis*. Ulp. D. 5, 1, 2, 6: *alioquin compelletur iudicium accipere quam invenire eos qui satis pro eo dent*. 16, 3, 7, 1: *cum posset non suscipere talem causam, quam decipere*. 26, 10, 5: *expedit pupillo rem suam salvam fore quam tabulas — habere*. 21, 2, 20, 5: *haec enim actio poenam et vindictam, quam rei persecutionem continet*. 30, 49, 5: *interest eius solvi mihi, quam ipsum conventum mandati actionem intendere*. 36, 1, 6, 5: *interesse Sempronii potest ex institutione quam ex substitutione hereditatem habere*. An allen diesen Stellen kann man wohl mit Leichtigkeit durch Einschlebung von *tam* oder *magis* dem Ausdrucke nachhelfen; sie schützen einander jedoch gegenseitig vor jeglicher Aenderung.

Ut wollte Mommsen an folgender Stelle einschleben: Paul. D. 7, 1, 50: *respondit Scaevola, si priusquam ususfructus praestaretur, necessario aedificasset, non alias cogendum restituere quam eius sumptus ratio haberetur*; Mommsen schlägt vor: *quam eius sumptus ut ratio haberetur*. Dass aber nichts zu ändern ist, lehrt D. 33, 2, 32, 5, wo dasselbe Responsum Scaevolas aus dem 15. Buch seiner Digesten angeführt wird: *respondit, si prius quam usum fructum praestaret, necessario aedificavit, non alias cogendum restituere, quam eius sumptus ratio habeatur*, und wo Mommsen nichts angemerkt hat. (Ebenso Pap. 41, 2, 44, 2. Vgl. über diesen Gebrauch Mohr in Wölfflins Archiv für latein. Lexikogr. VI, p. 418.) Die Identität der beiden Stellen ist auch in Lenels Palingenesie noch nicht bemerkt ebensowenig wie Iul. 34, 5, 12 = Ulp. 45, 1, 80. Wie wichtig es häufig ist, die Abhängigkeit einer Stelle von der anderen zu erkennen, dafür ist ein belehrendes Beispiel Marcian. D. 48, 2, 13: *Mulierem propter publicam utilitatem ad annonam pertinentem audiri a praefecto annonae deferentem divus Severus et Antoninus rescripserunt*. Das Rescript ist von Pap. Iust. D. 48, 12, 3, 1 überliefert: *item in haec verba rescripserunt: „Etsi non solent hoc genus nuntiationis mulieres exercere, tamen quia demon-*

straturam te quae ad utilitatem annonae pertinent polliceris, praefectum annonae docere potes.“ Danach ist bei Marcian zu emendiren: *divi Antoninus et Verus rescripserunt.*

Das entgegengesetzte Verfahren, wie bei den bisher behandelten Stellen, glaube ich Paul. D. 41, 2, 3, 3 anwenden zu müssen, wo ich die Streichung eines Wortes für nöthig halte. Paul. sagt § 1: *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.* Dann heisst es § 3: *Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio.* Das *et* vor *solo* hat die zweite Hand des Florentinus beseitigt und auch in den übrigen Handschriften fehlt es; es ist aber richtig. Dagegen muss *non* vor *posse* gestrichen werden. Denn wir verlangen einen Gegensatz gegen die aus § 1 citirten Worte des Paulus. Zur Evidenz wird diese Emendation durch das folgende Beispiel, das zu den überlieferten Worten gar nicht passt. Wenn ich weiss, dass sich auf meinem Grundstück ein Schatz befindet, heisst es, so *possedire* ich denselben *simulatque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet.* Diese Worte geben nur Sinn, wenn wir schreiben *et solo animo posse nos adquirere possessionem*; dahinter möchte es sich empfehlen *et* einzuschieben; also: *et si non antecedit naturalis possessio.*

Soloecismen, die dem Juristen nicht zuzutrauen sind, finden sich an folgenden beiden Stellen Ulpian's: D. 4, 6, 38, 1: *Tamdiu rei publicae causa abesse quis videbitur, quamdiu officio aliquo praest, und D. 36, 1, 17, 12: qui munus militiae sustinebat aliove quo officio praeerat.* Die Dative *aliquo* und *alio quo* hat Ulpian auf keinen Fall geschrieben; an beiden Stellen ist zu schreiben *praeditus est* resp. *erat.* Ich finde zwar in den Wörterbüchern kein Beispiel für *officio praeditus*, doch genügen Analoga wie *potestate, dignitate, auctoritate praeditus.* Cf. Ulp. 4, 2, 23 pr. 5, 1, 81. Paul. Sent. V, 26, 1. Cic. Rep. II, 32, 56.

Ich schliesse mit einem Verbesserungsversuch zu Scaev. D. 36, 1, 80, 12. Die Erben sollen dem *alumnus testatoris* Gaius Maevius, sobald er fünfzehn Jahre alt ist, ein Drittel der Erbschaft auszahlen. Dann heisst es weiter: *interim ex refectu paupertatis, qui ad vos pervenerit, alatis eum ex usu-*

ris pro quantitate nummorum redactis. Wenn der Erblasser lateinisch verstand, kann er die angeführten Worte nicht geschrieben haben; ohne weitere Umschweife schlage ich vor: *interim respectu proprietatis, quae ad vos pervenerit* etc. cf. Tert. D. 41, 2, 28: *utrum quasi proprietatis respectu (conducam) an possessionis tantum.* Mod. 3, 5, 26, 1: *si pietatis respectu sororis aluit filiam.* Tryph. D. 16, 3, 31, 1.

VI.

Philosophie und geschichtliche Rechtswissenschaft.

Von

Herrn Professor Dr. **E. Hölder**

in Erlangen.

Rudolf Stammler, Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie (Aus: Festgabe zu Bernhard Windscheids fünfzigjährigem Doctorjubiläum. Zwei Abhandlungen von R. Stammler und Th. Kipp). Halle a. S. 1888.

Valentino Rivalta, Il rinnovamento della giurisprudenza filosofica secondo la scolastica. Bologna 1888.

Die im Vorstehenden verzeichneten Schriften haben beide die Bedeutung eines Programmes, welches die Jurisprudenz von der eingebürgerten ausschliesslich geschichtlichen Erfassung des Rechtes abrückt und sie auffordert, sich der Führung einer bestimmten Philosophie anzuvertrauen. Und zwar verweist uns der deutsche Professor auf Kant, der italienische Advocat auf den heiligen Thomas von Aquino.

Stammlers Schrift geht aus von der „geschichtlichen Rechtstheorie“ als der zur Zeit herrschenden und von der Frage nach ihrem entscheidenden Kennzeichen. Ursprünglich sei dieses die Zurückführung des Rechtes auf den Volksgeist in dem besonderen Sinne Puchtas gewesen. Seit man dagegen diese aufgegeben habe, sei das einzige unserer Juris-

prudenz noch eigene Erbe der geschichtlichen Schule die Methode. Für deren Beurtheilung sei vor allem wesentlich, „was man eigentlich zu wissen verlange“, und diese Frage habe man vielfach in eine Mehrheit von Fragen aufgelöst, unter welchen es sich empfehle, als „scharf gefasste, jedem Verständigen klar erkennbare Probleme“ die zwei herauszugreifen: „ob dasjenige, was Recht ist, auch Recht sein sollte“, und „wie es möglich ist, dass aus Rechtsbruch wieder Recht entstehen kann“. Die erste Frage, betont der Verfasser, sei mit Bedacht nicht „schon“ dahin gefasst: „was Recht sein sollte“; denn das würde „ein solches Allgemeines“ schon voraussetzen und wäre daher nicht „eine letzte sichere Fragestellung“. Als „selbstverständlich“ bedeutungslos für seine erste Frage „constatirt“ der Verfasser die Hinweisung auf die Geschichte, welche „letzlich doch nichts bedeutet, als dass das also Erklärte jetzt . . . keinen Sinn und Verstand mehr habe“ (S. 15). Vielmehr bedürfe es eines vom geschichtlichen Rechte unabhängigen Massstabes, und so sei denn auch die „gemeinigliche Behauptung“, die historische Schule habe das Naturrecht überwunden, falsch. Die Frage nach dessen Existenz sei identisch mit der Frage nach „einem allgemeingültigen Bestimmungsgrunde für die Recht Setzenden, welcher . . . erweisbare Geltung hätte“ (S. 38). Die Existenz eines solchen bezeuge die neuere Philosophie und Politik, in welcher „die naturrechtliche Fragestellung vorherrsche“, und lediglich „die beschränkte Fragestellung der geschichtlichen Rechtstheorie“ verhindere, „dass man über das a priori feststehende Ziel, über den objectiven Massstab, den in der That ein jeder hat, den jedermann thatsächlich gebraucht, in das Klare kommt“ (S. 44).

Seine zweite Frage nach der Möglichkeit der Entstehung von Recht durch Rechtsbruch führt der Verfasser zurück auf die allgemeine Frage: „woran erkennt man überhaupt, ob etwas recht ist“. Für die Untersuchung dieser Frage sei die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie gänzlich unzureichend und vielmehr die Methode der kritischen Philosophie zum „musterhaften Vorbilde“ zu nehmen. Zu solcher Forschung fordere besonders Windscheids durch die Abhandlung des Verfassers gefeiertes Doctorjubiläum auf, da

seinem die geschichtliche Rechtswissenschaft vertretenden Werke gegenüber „schwerlich jemand auftreten und sagen möchte . . . was dort noch gar so viel zu thun übrig wäre“.

An einer Kundgebung von dem im Vorstehenden berichteten Inhalte darf diese Zeitschrift nicht vorübergehen. Zwar könnte man einwenden, dass Stammler mit der Rechtsgeschichte es nicht zu thun habe. Ist doch, was er an der geschichtlichen Rechtswissenschaft rügt, ihre Unfähigkeit zur Lösung solcher Fragen, welche nicht Geschichtsfragen sind, und wenn er seine Aufforderung zu einem anderen Betriebe unserer Wissenschaft auf die Wahrnehmung gründet, dass dem bisherigen Betriebe Windscheid keine nennenswerthe Ausbeute mehr übrig gelassen habe, so kann er auch damit die Rechtsgeschichte nicht meinen. Durch Stammlers Ausführungen würden daher die durch diese Zeitschrift vertretenen Bestrebungen nicht berührt, wenn dieselbe der Rechtsgeschichte als einem mit der Theorie des Rechtes in keinem inneren Zusammenhange stehenden Wissenszweige gewidmet wäre. Gleich Savignys Zeitschrift geht aber die unserige nicht aus von einem Sonderdasein der Rechtsgeschichte als einer nur den vom Juristen verschiedenen Geschichtsfreund angehenden, sondern von der Ueberzeugung, „dass alles heutzutage in Deutschland geltende Recht . . ein . . . eigenstes Product unserer Cultur ist“ und „dass dessen Geschichte . . . in lebendig praktischer Verbindung mit der Gegenwart steht“ (Zeitschrift für Rechtsgeschichte I S. 1, 2). Demgemäss glaubten wir bisher Rechtsgeschichte gerade in unserer Eigenschaft als Juristen treiben zu sollen; nach Stammler wäre dagegen die Beschäftigung mit dieser ein Parergon, welches uns der Gefahr aussetzt, durch Pflege des geschichtlichen Sinnes den Sinn für die letzten unter Abstraction von aller Geschichte zu lösenden Fragen der Rechtswissenschaft in uns zu ersticken.

Eine solche letzte Frage ist nach Stammler insbesondere, „ob dasjenige, was Recht ist, auch Recht sein sollte“. Existirt aber, wie Stammler annimmt, für die Entscheidung dieser Frage ein allgemein gültiger Massstab, so handelt es sich lediglich um eine Frage seiner Anwendung und ist die wirklich letzte Frage keine andere als diejenige nach der Existenz und Beschaffenheit jenes Massstabes. Und zwar ist

die Frage nach seiner Beschaffenheit nicht etwa eine zweite neben der Frage nach seiner Existenz, da die Erkenntniss dieser nicht denkbar ist ohne die Erkenntniss jener. Den Nachweis seines Daseins führt der Verfasser, abgesehen von der Behauptung, dass jeder ihn besitze und anwende, im Anschlusse an Kant durch Berufung auf den Begriff des Sollens. Dass nun, wie Stammler mit Nachdruck betont, die Natur kein Sollen kennt, glauben wir ihm auch ohne Kants Auctorität; dass dagegen der Begriff des Sollens ausgeschlossen sei, „sobald der bestimmende Gegenstand in der Erfahrung auftritt“ (S. 25), glauben wir trotz Kant ihm nicht. Stammlers allgemein gültiger Massstab ist nichts anderes als Kants aus dem Begriffe des Gesetzes, des Sollens oder der Pflicht abgeleiteter kategorischer Imperativ; während aber Kant jede Berufung nicht nur auf die äussere, sondern auch auf die innere Erfahrung ausdrücklich abweist und betont, „es sei nicht empirisch auszumachen, ob es überall irgend einen solchen kategorischen Imperativ gebe“ (Kritik der praktischen Vernunft, ed. Rosenkranz S. 49), so hält Stammler, der in der Rückkehr zu Kant alles Heil sieht, dessen Standpunkt nicht fest. Verlangt er, dass wir die „kritische Philosophie“ uns zum „musterhaften Vorbilde“ nehmen, so ist er doch selbst kein so strenger und sicherer Kantianer als er glaubt, und zugleich übersieht er, dass derjenige nicht wirklich kritische Philosophie empfiehlt, welcher unbedingte Hingebung an die Lehren eines bestimmten, wenn auch noch so kritischen Philosophen fordert. In Wirklichkeit ist Kants kategorischer Imperativ ebenso unhaltbar als der ontologische Gottesbeweis; aus dem Begriffe des unbedingten Sollens lässt sich ebensowenig die Existenz eines solchen ableiten als aus dem Begriffe des allervollkommensten Wesens die Existenz eines solchen folgt.

Dass wir in Ansehung des menschlichen Verhaltens von einem Sollen reden, während die Anwendung dieses Wortes auf andere Vorgänge keinen Sinn hätte, ist allerdings ein Kennzeichen davon, dass die Bestimmungsgründe menschlichen Verhaltens anderer Art und Bedeutung sind als die ein Müssen begründenden Ursachen anderer Vorgänge. Von einem Sollen könnte keine Rede sein, wenn es nicht seine eigenen Bedürf-

nisse wären, welche den Menschen bestimmen, und wenn nicht der Mensch im Stande wäre, verschiedene Bedürfnisse und die verschiedenen Möglichkeiten ihrer Befriedigung gegen einander abzuwägen und auf Grund solcher Erwägung sich für dasjenige Verhalten zu entscheiden, von welchem er sich die grössere Befriedigung verspricht. Unsere Fähigkeit, kraft solcher Erwägung des Für und Wider uns zu entscheiden, beruht auf unserer Vernunft und ist uns durch Erfahrung bekannt; nach Kants eigener Lehre alterirt sie in keiner Weise die Nothwendigkeit, mit welcher jeder in Gemässheit seines empirischen Charakters handelt, so dass die erfahrungsgemässe Möglichkeit der Wahl nichts zu thun hat mit der jenseits aller Erfahrung liegenden Freiheit des intelligiblen Charakters. Dass ich die Gründe meines Verhaltens einer anderen Welt als derjenigen meiner Erfahrung entnehme, liegt im Begriffe des Sollens um so weniger, da seine Anwendung sich nicht auf die Forderungen der Sittlichkeit beschränkt. Dass ich anders hätte handeln sollen, sage ich mir überall, wo ich die Abschätzung des Für und Wider, welche mich bestimmt, als eine irrige erkenne; soll ich oder soll ich nicht, so frage ich mich in tausend Fällen, in welchen für mich lediglich mein individueller Nutzen oder Schaden, meine Bequemlichkeit oder Unbequemlichkeit in Frage steht, und habe ich für das voraussichtlich meinen Nutzen oder meine Bequemlichkeit am meisten fördernde oder am wenigsten beeinträchtigende Verhalten mich entschieden, so sage ich mir nachträglich, ich hätte anders handeln sollen, wenn der Erfolg ergibt, dass ein anderes Verhalten für mich nützlicher oder bequemer gewesen wäre. Auf die Forderungen der Sittlichkeit findet daher der Begriff des Sollens nicht Anwendung als ein auf sie sich beschränkender; allerdings dagegen ist das durch diese begründete Sollen ein höheres, weil die sittlichen Bedürfnisse des Menschen höhere sind als seine sinnlichen. Doch giebt es auch im Gebiete der sittlichen Anforderungen kein unbedingtes Sollen. Welches sittliche Gebot könnte scheinbar unbedingter sein als das Gebot: „du sollst nicht tödten“, und doch wird niemand dem Soldaten, welcher jenem Gebote zuwider in Gemässheit des durch seine Stellung im Dienste des Staates an ihn ergehenden Gebotes den Feind in der Schlacht

tödtet, ein unsittliches Verhalten vorwerfen wollen. Wer nicht geflissentlich gegen die Thatsachen des Lebens die Augen verschliesst, der kann nicht verkennen, dass ein Verhalten, welches im einen Falle unsittlich ist, im anderen durch die Sittlichkeit gefordert sein kann, weil die sittlichen Bedürfnisse der Menschheit von verschiedenem Werthe sind und vielfach das höhere Bedürfniss nur befriedigt werden kann auf Kosten des minderwerthigen. Wie die Frage, ob mein pecuniäres Interesse dieses oder jenes Verhalten fordert, nur entschieden werden kann durch gegenseitige Abwägung der mit dem einen oder anderen Verhalten verbundenen pecuniären Vortheile und Nachtheile, so kann die Frage, was im einzelnen Falle die Sittlichkeit fordert, nur entschieden werden durch die gegenseitige Abwägung der durch das eine oder andere Verhalten befolgten oder verletzten sittlichen Gebote. Existiren aber unstreitig verschiedene sittliche Bedürfnisse und demgemäss verschiedene sittliche Gebote von verschiedenem Werthe, so kann das allgemeinste Gebot der Sittlichkeit kein anderes sein als dasjenige, zwar möglichst jedem sittlichen Bedürfnisse zu genügen, wo aber dies nicht möglich ist, dem höheren Bedürfnisse das minderwerthige zu opfern. Ueber die Frage nach der Beschaffenheit und dem Werthverhältnisse der sittlichen Bedürfnisse kann dagegen der allgemeine Begriff des Sittengesetzes keinerlei Auskunft geben, und für ihre Beantwortung steht uns keine andere Quelle zu Gebote als die Erfahrung. Die Eigenschaft derselben als einer reichen Quelle sittlicher Erkenntniss verneint kein Unbefangener; für die letzte Quelle derselben glaubt man sie aber nicht halten zu dürfen, da die Geltung der sittlichen Gebote jeder Erfahrung vorhergehe. Es gilt dies jedoch nicht von denjenigen Geboten, deren Gegenstand erst im Laufe der Geschichte zur Existenz gelangt; so sind unstreitig die Gebote der Vaterlandsliebe und des Gehorsams gegen die Obrigkeit bedingt durch die Existenz eines Vaterlandes und einer Obrigkeit. Auch die elementarsten, im menschlichen Dasein als solchem wurzelnden sittlichen Gebote aber sind doch der menschlichen Erkenntniss erst dann zugänglich, wenn die sie begründenden Verhältnisse zu einem möglichen Gegenstande der Erfahrung geworden sind. Die Erfahrung, dass nicht nur meine Stammgenossen,

sondern auch andere stammfremde Menschen Meinesgleichen sind, muss erst gemacht, die Möglichkeit eines mit Stammfremden möglichen friedlichen Verkehres muss erst von mir in mein Bewusstsein aufgenommen sein, wenn der Gedanke an irgend eine gegen Fremde mir obliegende Verpflichtung entstehen soll.

Dass nicht nur die Erkenntniss, sondern vielfach auch die Existenz der sittlichen Bedürfnisse und Gebote eine geschichtlich bedingte ist, wird leicht deshalb verkannt, weil die Erkenntniss der sittlichen Bedürfnisse und Gebote ihrer Existenz oder, was damit identisch ist, der Existenz der sie begründenden Verhältnisse stets nachfolgt, so dass wir uns derselben nie als jetzt erst zur Existenz gelangender, sondern stets als solcher bewusst werden, deren Existenz unserer Erkenntniss derselben vorangeht. Vaterlandsliebe wird erst ermöglicht und gefordert durch die Existenz eines Vaterlandes; indem wir aber durch seine Existenz uns erst allmählich des Gebotes der Vaterlandsliebe bewusst werden, so erleben wir dieses Gebot nicht mit Bewusstsein als ein erst zur Existenz gelangendes. Dazu kommt, dass die meisten sittlichen Gebote nicht durch die eigene Wahrnehmung der sie begründenden Verhältnisse, sondern durch die Erziehung uns zuerst bekannt werden, welche sie unabhängig von ihren Gründen uns einprägt und dadurch ihre Existenz als eine von jeder Begründung unabhängige erscheinen lässt. Gerade hier ist aber zugleich die geschichtliche Bedingtheit der sittlichen Bedürfnisse und Gebote offensichtlich, da die Bedürfnisse des Kindes andere sind als diejenigen des Erwachsenen. Ebenso nun sind die sittlichen Bedürfnisse verschiedener Culturstufen verschiedene. Wie es jedoch derselbe Mensch ist, welcher im Kinde und im Erwachsenen in verschiedenen Entwicklungsstadien uns entgegentritt, und wie die verwickelteren sittlichen Bedürfnisse des Erwachsenen dem Kinde zwar noch fremd, zugleich aber solche sind, deren Keim es in sich trägt und die mit seiner fortschreitenden Entwicklung aus seinen einfacheren Bedürfnissen sich heraus entwickeln: so sind auch die verschiedenen sittlichen Bedürfnisse verschiedener Culturstufen doch sittliche Bedürfnisse derselben Menschheit, die sich auseinander heraus entwickeln, so dass die sittlichen Bedürfnisse der höheren Culturstufe denjenigen der niedrigeren

nicht als schlechthin fremde, sondern als Entfaltung eines in diesen enthaltenen Keimes gegenüberstehen. Wie wir daher, vom Menschen schlechtweg redend und ihm bestimmte Eigenschaften zuschreibend, an den voll entwickelten Menschen zu denken pflegen, so sind wir auch berechtigt, zu den sittlichen Bedürfnissen der Menschheit alle diejenigen zu zählen, welche wir als solche der höchsten bisher erreichten Culturstufe kennen. Sind wir aber dazu berechtigt, weil es sich um die Entfaltung von Anlagen handelt, welche dem Menschen als solchem eigen und daher keiner Culturstufe gänzlich fremd sind, so dürfen wir zugleich nie vergessen, dass ebenso die höchste uns bekannte Stufe menschlicher Cultur die Keime weiterer Entfaltungen in sich trägt, dass also unsere sittliche Erkenntniss eine abschliessende nicht nur deshalb nicht ist, weil ihr gleich jeder menschlichen Erkenntniss die Erfassung ihres Gegenstandes nur annähernd gelingt, sondern insbesondere deshalb, weil die Verhältnisse selbst, aus denen sie geschöpft wird, Gegenstand einer geschichtlichen Entwicklung sind, deren Verlauf zu übersehen unmöglich ist, wenngleich die höchste bisher erreichte Stufe derselben eine gewisse Erkenntniss der auf sie folgenden Entwicklungsstufen gestattet.

Für niemand ist es wichtiger, die geschichtliche Bedingtheit der sittlichen Bedürfnisse und die Eigenschaft der gegenwärtigen Entwicklungsstufe derselben als einer über sich selbst hinausweisenden vor Augen zu haben als für den zur Theilnahme an der Gesetzgebung Berufenen. Eine feste Grundlage für seine Entscheidung gewährt ihm weder der Blick auf die momentanen Verhältnisse der Gegenwart, welche jeden Augenblick sich ändern können, noch umgekehrt die Abstraction von der Verschiedenheit der Zeitverhältnisse; vielmehr bedarf er des Hinblicks auf die Zukunft sowohl als auf die Vergangenheit; denn für die Zukunft will er wirken, und welche Keime zukünftiger Gestaltungen die Zustände der Gegenwart in sich enthalten, kann nur die Entstehung dieser bis zu einem gewissen Grade lehren. Dass die Gegenwart nur verstanden werden kann als Resultat einer geschichtlichen Entwicklung, hat die historische Schule mit vollem Rechte gelehrt; nur hätte sie daneben gleichmässig betonen müssen, dass die Zustände der Gegenwart gerade in ihrer

Eigenschaft als Stufen einer geschichtlichen Entwicklung die Keime weiterer Entwicklungen in sich tragen, und dass es die Aufgabe des Gesetzgebers wie überhaupt des Politikers ist, sie in dieser doppelten Eigenschaft des Endpunktes der bisherigen und des Anfangspunktes einer neuen Entwicklung zu verstehen und möglichst dafür Sorge zu tragen, dass diese sowohl ohne überflüssige Reibung als ohne Ueberstürzung sich vollziehe. Wenn Stammler sich darüber wundert, dass ein „sonst scharfdenkender“ Jurist alles Ernstes glaube, „dass man durch geschichtliche Erkenntniss zu demjenigen gelangen möge, was statt des Gewordenen Recht sein soll“ (S. 20), so dürfte die Verwunderung darüber mehr am Platze sein, dass ein Jurist des 19. Jahrhunderts alles Ernstes glaubt, die Frage, was an die Stelle des Bestehenden treten soll, unter Abstraction von dem Bestehenden und der Art seiner Entstehung beantworten zu können. Mit Genugthuung erwähnt Stammler, dass in der Politik das aus der Jurisprudenz vertriebene Naturrecht herrsche. Er beruft sich dafür insbesondere auf die Politik der Centrapartei, ohne die doppelte Frage aufzuwerfen, ob diese Politik den Bedürfnissen unseres deutschen Staates und Volkes gemäss sei und ob nicht ein wesentlicher Unterschied sei zwischen demjenigen „Naturrechte“, auf welches das Centrum sich stützt und welches zugleich ein positives, auf der Auctorität der Kirche beruhendes Recht ist, und einem solchen Naturrechte, dessen Inhalt durch keine von der Einsicht des Einzelnen unabhängige Auctorität fixirt ist. In Wirklichkeit bedeutet die Herrschaft eines auf dem Grunde der kirchlichen Auctorität ruhenden Naturrechtes nichts anderes als eine Herrschaft der Kirche und die Herrschaft eines durch keine vom Einzelnen unabhängige Auctorität festgestellten Naturrechtes nichts anderes als eine Herrschaft der individuellen Vernunft und damit auch der individuellen Unvernunft.

Von allem sonst angenommenen Naturrechte unterscheidet sich dasjenige Stammlers dadurch, dass sein Inhalt nicht ohne weiteres Recht ist, sondern nur angibt, was Recht sein soll, so dass es nur den Gesetzgeber verpflichtet. Diese Beschränkung ist aber willkürlich. Ist der Gesetzgeber verpflichtet, keinen anderen als denjenigen Inhalt zum Gesetze

zu erheben, dessen Geltung die „objectiven Gründe der Ideen“ fordern, so ist nicht abzusehen, wie diesen objectiven Gründen erst ein Gesetz zur rechtlichen Geltung verhelfen und wie einem denselben widersprechenden Gesetze irgend welche Geltung zukommen sollte. Dies wäre nur denkbar unter der Voraussetzung, dass die Erkenntniss der Ideen nur dem Gesetzgeber zugänglich ist, dass also ihre Geltung für die ihrer unmittelbaren Erkenntniss nicht fähigen Unterthanen identisch wäre mit der Geltung desjenigen Inhaltes, welchen ihnen das Gesetz als den durch die Ideen geforderten bezeugt. Ein Naturrecht ist nur denkbar als ein unbedingt geltendes; denn ohne Geltung wäre es kein Recht und ohne Unbedingtheit dieser kein Naturrecht. Als ein für jeden erkennbares muss daher das Naturrecht dem positiven Rechte für jeden vorgehen, so dass seine Annahme mit einer selbständigen der Prüfung des Einzelnen entzogenen Geltung des positiven Rechtes sich nur vereinigen lässt, wenn praktisch beide zusammenfallen, weil das Naturrecht nur der höheren Vernunft des Gesetzgebers erkennbar ist und deshalb dem beschränkten Unterthanenverstande die Berufung auf seine angebliche Verschiedenheit vom positiven Rechte nicht zusteht. Auch hier zeigt es sich also wieder, dass vom Standpunkte des Naturrechtes aus die Existenz einer positiven Rechtsordnung sich nur rechtfertigen lässt unter der Voraussetzung einer dem Herrscher eigenen und den Beherrschten fehlenden höheren Weisheit.

Durch Verneinung eines Naturrechtes wird aber nicht, wie vielfach angenommen wird, die Existenz solcher Elemente oder Bedingungen verneint, welche jeder Rechtsordnung wesentlich sind. Unbestreitbar ist, dass jede äussere Lebensgemeinschaft bestimmter Menschen in der inneren Wesensgemeinschaft aller Menschen wurzelt und ohne diese nicht möglich wäre, was aber nichts an der Wahrheit ändert, dass jede unter Menschen bestehende Lebensgemeinschaft ein Product der Geschichte ist. Schon Savigny hat (Syst. § 8) hervorgehoben: „Was in dem einzelnen Volk wirkt, ist nur der allgemeine Menscheng Geist, der sich in ihm auf individuelle Weise offenbart. Allein die Erzeugung des Rechts ist eine That und eine gemeinschaftliche That. Diese ist nur denk-

bar für diejenigen, unter welchen eine Gemeinschaft des Denkens und Thuns nicht nur möglich, sondern auch wirklich ist.“

Stammler meint, unserer heutigen Rechtswissenschaft sei mit der historischen Schule nicht mehr die Zurückführung des Rechtes auf den Volksgeist, sondern nur noch die Methode gemeinsam. Diese Methode hat aber ihren Grund in der Erkenntniss, dass die Existenz oder Geltung eines bestimmten Rechtes nicht denkbar ist ohne die Existenz einer bestimmten Lebensgemeinschaft. Für den an einer solchen Theilnehmenden sind die Bedürfnisse derselben als solche, welche ihm mit den Genossen gemeinsam sind, keine fremden; vielmehr sind sie für ihn eigene und zwar solche Bedürfnisse, welche den im Gegensatze zu den Genossen ihm eigenen vorgehen, weil das eigene Leben des Einzelnen nur gedeihen kann als ein dem gemeinsamen Leben eingegliedertes. Wie nun mein individuelles Verhalten durch die Bedürfnisse, welche ich als die meinigen fühle, und durch mein Urtheil über die zu ihrer Befriedigung geeigneten Mittel sich bestimmt, und wie wir dieses Verhalten als ein durch mein Gefühl und meine Einsicht sich bestimmendes auf meinen Willen zurückführen, so bestimmt sich das gemeinsame Verhalten der Genossen durch die Bedürfnisse, welche sie als die ihnen gemeinsamen fühlen, und durch ihr gemeinsames Urtheil über die zu ihrer Befriedigung geeigneten Mittel, und als ein durch ihr gemeinsames Gefühl und ihre gemeinsame Einsicht sich bestimmendes ist es der Ausfluss eines ihnen gemeinsamen Willens. Kein anderer als dieser gemeinsame Wille der Rechtsgenossen ist gemeint, wenn wir das Recht auf einen Gemeinwillen zurückführen. Dagegen erhebt sich freilich der Einwand, dass die Existenz eines Gemeinwillens in diesem Sinne die thatsächliche Unmöglichkeit eines ihm zuwiderlaufenden Verhaltens begründen müsste, da doch nie jemand seinem eigenen Willen zuwider zu handeln vermöge. Allerdings nun leidet der Begriff einer Zuwiderhandlung gegen den eigenen Willen an einem inneren Widerspruche, indem er etwas gleichzeitig als gewollt und nicht gewollt bezeichnet. Dieser Widerspruch ist aber im Leben des Menschen thatsächlich vorhanden. Indem der Mensch verschiedene einander vielfach widerstrebende

Bedürfnisse fühlt und verschiedene einander vielfach widersprechende Ansichten hegt, so weist sein Inneres verschiedene einander bekämpfende Willensregungen auf, und dass ich in Gemässheit der einen handle, schliesst die Existenz der anderen nicht aus, wie jeder Fall einer mit innerem Widerstreben vollzogenen Handlung zeigt; es hat nur diejenige Willensregung, welcher gemäss gehandelt wurde, sich als die mächtigere erwiesen. Einen inneren Widerspruch enthält aber ausserdem dasjenige Verhalten in sich, welches unserem wirklichen Bedürfnisse widerspricht, weil wir entweder dieses selbst nicht gefühlt oder die Mittel zu seiner Befriedigung nicht erkannt haben. Haben wir ein niedrigeres Bedürfniss auf Kosten eines höheren befriedigt, weil wir dieses entweder überhaupt nicht oder nicht in dem ihm zukommenden Werthe gefühlt haben, so haben wir, wie man sagt, unserem „besseren Ich“ oder einem Willen zuwidergehandelt, welcher gleichfalls der unsrige ist im Sinne eines in unserer Natur und ihren Bedürfnissen begründeten und daher normaler Weise uns zukommenden. Ein solcher innerer Widerspruch liegt nun auch dann vor, wenn ich mein individuelles Bedürfniss befriedige auf Kosten des Bedürfnisses der Gemeinschaft, welcher ich angehöre, da meine Theilnahme an der Gemeinschaft meine Theilnahme an ihren Bedürfnissen und am Willen ihrer Befriedigung als einem normaler Weise mir zukommenden in sich schliesst. Indem nun dem gemeinsamen Bedürfnisse als solchem ein höherer Werth gegenüber dem individuellen Sonderbedürfnisse zukommt, so wurzelt die Geltung des Gemeinwillens als eines dem Einzelwillen vorgehenden in der allgemeinen sittlichen Forderung, dem höheren Bedürfnisse das minderwerthige unterzuordnen. Wie freilich aus Mangel an sittlichem Gefühl oder an Einsicht der Wille des Einzelnen ein verkehrter oder dem sittlichen Bedürfnisse widersprechender sein kann, so kann dasselbe dem Gemeinwillen widerfahren, weil die gemeinsamen Bedürfnisse nicht in ihrem wahren Werthe gefühlt oder die Mittel ihrer Befriedigung verkannt worden sind. Zugleich kann innerhalb der Gemeinschaft bezüglich der gemeinsamen Bedürfnisse und der Mittel zu ihrer Befriedigung eine Verschiedenheit der Gefühle und Vorstellungen bestehen. Man darf aber deshalb nicht jede

Existenz eines Gemeinwillens verneinen. Ohne eine weitgehende Uebereinstimmung der Gefühle und Vorstellungen ist eine wirkliche Lebensgemeinschaft nicht möglich; und auch da, wo diese Uebereinstimmung keine volle ist, ist durch den der Gemeinschaft als solcher zukommenden Werth eine gewisse Unterordnung der individuellen Gefühle und Vorstellungen unter die im Kreise der Genossen vorherrschenden geboten. Dass diese Pflicht keine unbedingte ist, weil sie im concreten Falle durch eine höhere überwogen sein kann, hat sie mit jeder Pflicht gemein.

Eine eingehendere Betrachtung des Processes der Rechtsbildung ist hier nicht möglich, aber auch nicht nothwendig. Das bisherige genügt zur Zurückführung des Rechts auf einen geschichtlich bedingten Gemeinwillen, sobald erkannt wird, dass neben dem sog. Gewohnheitsrechte das Gesetz nur „eine Rechtsquelle von secundärer abgeleiteter Kraft ist“, wie Zitelmann (Arch. f. Civ. Pr. 66 S. 458) trotz entschiedener Verneinung der Existenz eines Gemeinwillens ausdrücklich hervorhebt. Ob der Gemeinwille, wie die historische Schule lehrte, stets Volkswille, oder ob er, wie andere wollen, nothwendig Staatswille ist, sind Fragen, auf welche unbeschadet des geschichtlichen Charakters des Rechtes verschiedene Antworten möglich sind. Dass aber dieser geschichtliche Charakter des Rechtes doch immer wieder angefochten wird, beruht auf der falschen Annahme seiner Unverträglichkeit mit einem ethischen Charakter des Rechts. Man glaubt die Gebote der Sittlichkeit nicht fester begründen zu können, als wenn man jede geschichtliche Bedingtheit ihres Inhaltes verneint; man kann dies aber nur thun um den Preis der Verneinung jedes Zusammenhanges der Sittlichkeit mit dem Rechte, während doch die mit anderen mich verbindende Lebensgemeinschaft ein sittliches Gut und die Pflicht der Unterordnung meines Willens unter den ihrigen eine sittliche Pflicht ist.

Die Eigenschaft des Gemeinwillens, dessen Inhalt das Recht ist, als eines in der That den Rechtsgenossen gemeinsamen betont unter den Philosophen der Gegenwart namentlich Schuppe, welcher mit vollstem Rechte (Das Gewohnheitsrecht S. 34) die Uebereinstimmung dieser Annahme mit

der Lehre der historischen Schule behauptet, da Männern wie Savigny und Puchta nicht zuzutrauen sei, sie hätten unter dem Volkswillen ein concretes, über den einzelnen schwebendes Wesen verstanden; vielmehr hätten sie damit nur eine Gemeinsamkeit des Willens bezeichnen wollen, welche „mit allen anderen, ein Volk ausmachenden Gemeinsamkeiten, der in Sprache, Religion und Geschmack, auf dieselbe Stufe gestellt und derselben Quelle zugeschrieben werden sollte“. In merkwürdigem Gegensatze steht zu dieser unbefangenen Auffassung des Philosophen diejenige mancher neuester Juristen. So spricht Stammler vom Volksgeiste „in dem ganz besonderen und eigenthümlichen Sinne Puchtas“ als einem heutzutage preisgegebenen und versteht darunter die Auffassung desselben als eines concreten Wesens, und doch sagt Puchta auch: „das Recht ist der gemeinsame Wille der Rechtsgenossen“ (Inst. § 10). Ebenso nennt Zitelmann (a. a. O.) jenen Volksgeist „ein einheitliches psychisches Wesen“ (S. 426) und das auf ihm beruhende Recht „eine Art Naturrecht“ (S. 402). Unstreitig lassen manche Wendungen Savignys und namentlich Puchtas sich in diesem Sinne deuten; sollte aber eine solche den geschichtlichen Charakter des Rechtes aufhebende Auslegung Männern gegenüber am Platze sein, deren oberstes Bestreben dahin ging, den geschichtlichen Charakter des Rechtes zur Geltung zu bringen? Als „Characteristicum aller Theorien der historischen Schule“ bezeichnet Zitelmann die unrichtige Annahme eines psychischen Gesamtpphänomens (S. 419), welches eine Gesamtperson voraussetze (S. 423). Ist aber nicht jede geistige und sittliche Gemeinschaft verschiedener Personen ein „psychisches Gesamtpphänomen“, und behauptet nicht Zitelmann selbst ein solches, wenn er die Existenz einer Volksüberzeugung zugibt im Sinne einer im Volke verbreiteten Ueberzeugung, deren Verbreitung „verursacht oder bedingt ist durch die Thatsache der Volksgemeinschaft“ (S. 421)? Der Zurückführung des Rechtes auf den Gemeinwillen setzt Zitelmann den Satz entgegen: „positives Recht ist etwas durch die autoritäre Form seines Daseins allein“ (S. 425). Auctorität ist aber Ueberlegenheit oder Ueberordnung, und zwar nicht physische, sondern geistige oder sittliche. Meinem individuellen Sonderwillen gegenüber kommt

Auctorität einem höheren Willen zu, und dieser ist für mich nie ein schlechthin fremder. Die Auctorität des göttlichen, des staatlichen und des väterlichen Willens ist nicht denkbar ohne Theilnahme des einzelnen am göttlichen, staatlichen und väterlichen Dasein, von welchem der göttliche, staatliche und väterliche Wille sich nicht trennen lässt. Nicht zu begreifen ist, wie Zitelmann, der den unbestreitbaren Satz aufstellt: „nur das weiss jedermann, dass das Recht eine Auctorität über ihm ist“ (S. 435), jede „Verschwisterung der Theorie über die Kraft des Rechtes mit der Ethik“ (S. 462) ablehnen kann. Dieselbe wäre, so meint er, nur begründet, wenn „entweder jede einzelne Rechtsnorm zugleich als Bestandtheil der ethischen Ordnung“ oder „die ethische Ordnung selbst und als solche als geltend“ nachgewiesen würde, was bisher nicht gelungen sei. Unverständlich ist hier die Forderung eines Nachweises der ethischen Ordnung als einer geltenden, da die Existenz und die Geltung einer Ordnung genau dasselbe bedeutet und von einem Zusammenhange der rechtlichen mit der ethischen Ordnung selbstverständlich keine Rede sein kann, wenn es eine ethische Ordnung überhaupt nicht gibt. Dass es eine ethische Forderung sein könnte, „das von der Obrigkeit oder durch Gewohnheit gesetzte“ Recht zu beobachten, gibt Zitelmann zu, wendet aber ein, dass dann immer noch die Frage ungelöst bliebe, „welche Personen denn Obrigkeit sind“. Dass aber die Ethik diese Frage nicht beantworten kann, hebt den Charakter jener Forderung als einer ethischen nicht auf. Oder ist etwa die Pflicht der Vaterlandsliebe oder die Pflicht, die Gesundheit zu schonen, deshalb keine ethische, weil über den Begriff des Vaterlandes und über das zur Erhaltung der Gesundheit Erforderliche die Ethik keine Auskunft gibt?

Soviel über den Zusammenhang des Rechtes mit der Ethik, welchen wir erörtern mussten, um der Behauptung entgegenzutreten, als sei die Annahme eines geschichtlichen Charakters des Rechtes eine Negation seiner ethischen Bedeutung. Wenn nun Stammler neben der Frage, was Recht sein sollte, als eine zweite durch die Mittel der geschichtlichen Rechtswissenschaft nicht zu lösende Frage die bezeichnet, wie aus Rechtsbruch Recht entstehen könne, oder allgemeiner, wie

überhaupt Recht anders entstehen könne als in Gemässheit der bestehenden Rechtsordnung, so ist in Wirklichkeit für die geschichtliche Auffassung zwar die Frage nach den geschichtlichen Bedingungen solcher Rechtsentstehung eine offene, dagegen ihre Möglichkeit eine sich von selbst verstehende. Ist jede Rechtsordnung als Ordnung einer bestimmten geschichtlichen Gemeinschaft ein Product der Geschichte, so kann davon, dass Recht nur in Gemässheit einer bestehenden Rechtsordnung entstehen könnte, keine Rede sein. Die Frage freilich, wann auf Grund eines Bruchs der bestehenden Rechtsordnung eine andere Rechtsordnung entstanden sei, lässt sich ebensowenig mit absoluter Bestimmtheit beantworten als die andere Frage nach den Kennzeichen der vollendeten ersten Entstehung einer Rechtsordnung. Während aber Stammler dafür einen schlechthin bestimmten, a priori feststehenden Massstab fordert, so zeigt die Erkenntniss der geschichtlichen Natur des Rechtes, dass es einen solchen nicht geben kann. So wenig es, wo und wann immer Menschen zusammenleben, am Keime einer Rechtsordnung mangelt, so wenig ist je eine Rechtsordnung eine schlechthin fertige und der Möglichkeit der anders als in Gemässheit ihrer eigenen Bestimmungen sich vollziehenden Aenderung entrückte. Wer aber die Existenz eines positiven Rechtes deshalb leugnen wollte, weil der Punkt sich nicht angeben lässt, auf welchem der Process seines Werdens soweit gediehen ist, um es als ein zur Existenz gelangtes erscheinen zu lassen, der dürfte ebensowenig von der Existenz eines bestimmten Volkes, eines bestimmten Culturzustandes und dergl. reden. Was insbesondere den Fall der im Widerspruche mit ihren bisherigen Bestimmungen sich ändernden Rechtsordnung angeht, so vollzieht sich diese Aenderung nie ohne einen Uebergangszustand, während dessen die alte Ordnung nicht mehr und die neue noch nicht die volle Geltung einer zu Recht bestehenden hat. Gelangt hier die alte Ordnung wieder zur vollen Geltung, so erscheint sie als eine solche, deren Geltung nur in ihrer thatsächlichen Durchführung gehemmt und deren Aufhebung nur rechtswidriger Weise versucht war. Gelingt es dagegen der neuen Ordnung sich zu behaupten, so ist dadurch ihre Herbeiführung nachträglich legitimirt als eine solche, welche dem zur Zeit

derselben bereits im Werden begriffenen Rechte der Gegenwart zum Durchbruche verholfen hat auf Kosten des damals schon im Vergehen begriffenen bisherigen Rechtes. Es darf aber diese nachträgliche Legitimierung einer gelungenen Revolution nicht falsch verstanden werden. Sie ist nur eine Legitimierung derselben in Ansehung ihres Erfolges oder der durch sie bewirkten Aenderung der Rechtsordnung und nicht auch eine Legitimierung aller zum Zwecke dieses Erfolges aufgewendeten Mittel. Verwandelt ein Königreich sich in eine Republik, so ist dadurch nachträglich die zur Zeit ihrer thatsächlichen Vollziehung dem bestehenden Rechte widersprechende Absetzung des Königs legitimirt, aber nicht auch seine, wenn gleich auf Grund gerichtlicher, aber rechtswidriger Verurtheilung erfolgte Tödtung. Wenn sodann es der Erfolg ist, durch welchen die vollzogene Umwälzung zu einer rechtsgültigen wird, so ist dieser doch nie lediglich ein Erfolg der physischen Gewalt. So lange die Rechtsgenossen einen fremden Willen nur um seiner physischen Uebermacht willen ertragen, haben sie ihn sich nicht angeeignet; ist aber die thatsächliche Geltung jenes Willens zu einer vom Motive seiner physischen Uebermacht unabhängigen geworden, so ist er dadurch zum Gemeinwillen oder zu einem für die Angehörigen der bestimmten Gemeinschaft um ihrer Theilnahme an dieser willen massgebenden geworden. Insbesondere gilt dies überall da, wo die bisherige Organisation einer Rechtsgemeinschaft nebst der Aussicht ihrer Wiederherstellung in absehbarer Zeit zerstört ist. Ist in einem Staate an die Stelle der bisherigen eine andere Form der Regierung unter Umständen getreten, welche bis auf weiteres die thatsächliche Möglichkeit der Wiederherstellung der alten Form ausschliessen, so muss jeder, welcher sich als Angehöriger des Staates fühlt, sich zugleich verpflichtet fühlen, die zur Zeit allein mögliche Form seiner Regierung gelten zu lassen; denn meine Theilnahme am Staate schliesst in sich, dass seine Existenz und damit, wenn diese in anderer Form nicht möglich ist, die zur Zeit thatsächlich bestehende Form derselben von mir gewollt sei.

Wenn wir neben das Werk des auf Kant uns zurückweisenden Deutschen als eine Arbeit verwandter Art die Dis-

sertation des Italieners Rivalta stellen, welche die Erneuerung der philosophischen Jurisprudenz auf dem Grunde der Scholastik behandelt, so wird der unbedingte Verehrer Kants darin eine Nebeneinanderstellung entgegengesetzter Dinge sehen, da gerade die endgültige Zerstörung der Scholastik Kants Werk sei. Ist es aber ein Kennzeichen der Scholastik, die Wissenschaft nicht auf Erfahrung, sondern auf Offenbarung oder Auctorität zurückzuführen, so ist jeder ein Scholastiker, welcher in wissenschaftlichen Dingen eine unbedingte Auctorität behauptet, und eine solche nimmt Stammler für Kant in Anspruch, wie vielleicht keine Stelle deutlicher zeigt als diejenige, wo er fragt, ob man vielleicht nur die erste Hälfte des Kantschen Hauptwerkes gelesen habe (S. 40). Dass dieses Werk zu einem Theile unverlierbare Errungenschaften und doch zu einem anderen fundamentale Irrthümer enthalten könnte, scheint Stammler nicht für möglich zu halten. Scholastik ist aber in der That nicht nur Stammlers Kantglaube, sondern auch Kants Ethik. Schon oben (S. 55) wurde der Verwandtschaft ihrer Begründung mit dem auf Anselm von Canterbury zurückgehenden ontologischen Gottesbeweise gedacht. Kants Kritik der reinen Vernunft geht aus von der Beobachtung (Vorrede zur 1. Aufl.), dass die menschliche Vernunft von Grundsätzen anfangt, „deren Gebrauch im Laufe der Erfahrung unvermeidlich und zugleich durch diese hinreichend bewährt ist“, dass aber sie sich dann genöthigt sehe, „zu Grundsätzen ihre Zuflucht zu nehmen, die allen möglichen Erfahrungsgebrauch überschreiten“. Das Resultat seiner Kritik aber geht dahin, dass alle a priori erkennbaren Wahrheiten nichts anderes zum Gegenstande haben als Bedingungen möglicher Erfahrung. Wie nun damit seine von aller Erfahrung abstrahirende Begründung der Ethik sich verträgt, zeigt am besten die Vorrede zur zweiten Auflage der Kritik der reinen Vernunft. Hier wird zunächst wieder „die Einschränkung aller nur möglichen speculativen Erkenntniss der Vernunft auf Gegenstände der Erfahrung“ betont, zugleich aber, „dass wir eben dieselben Gegenstände als Dinge an sich selbst, wenngleich nicht erkennen, doch wenigstens müssen denken können“. Demgemäss wird das theoretische Fundament der Moral in der blossen Denkbarkheit der sie

bedingenden Freiheit gefunden. „Ich musste also das Wissen aufheben, um zum Glauben Platz zu bekommen“. Gegen diese Ausführung wäre nichts zu erinnern, wenn sie dahin ginge, dass die äussere Erfahrung nebst den a priori feststehenden Bedingungen ihrer Möglichkeit über die Existenz sittlicher Gebote (und ihren von ihrer Existenz nicht zu trennenden Inhalt) keine Auskunft zu geben vermöge, weshalb in Ansehung dieser die innere Erfahrung massgebend sei, welche nach Kants eigenen Grundsätzen als eine mit der äusseren Erfahrung nicht zusammenfallende, aber zusammenhängende zu denken wäre. Sagt doch Kant in seiner Kritik des ontologischen Gottesbeweises (Kr. d. r. V. ed. Kirchmann S. 482): „Unser Bewusstsein aller Existenz . . . gehört ganz und gar zur Einheit der Erfahrung, und eine Existenz ausser diesem Felde kann zwar nicht schlechterdings für unmöglich erklärt werden, sie ist aber eine Voraussetzung, die wir durch nichts rechtfertigen können“. Wenn im Widerspruche damit Kant die Ethik lediglich aus dem Begriffe des Sittengesetzes ableitet, ohne irgendwelche Befragung der Erfahrung über die Existenz und den Inhalt desselben zuzulassen, so ist dieses Verfahren ein echt scholastisches. Den scholastischen, die Allgemeinbegriffe als gegebene Realitäten behandelnden Realismus, welchen Kant im übrigen auf jede Weise verneint, vertritt er selbst auf dem Gebiete der Ethik. „Der Kriticismus, so meint Stammler (S. 40), that doch nur dar, dass Vernunft-erkenntniss aus Principien einen anderen Charakter trage als die Erfahrungslehre, aber doch niemals, dass ihr alle und jede objective Realität abgehe“. Eindringlich genug hat aber Kant dargethan, dass die Realität der sittlichen Welt zwar nicht unmöglich, wohl aber schlechthin unerweislich sei. Er verneint damit jeden Zusammenhang zwischen der ausserhalb der Erfahrung liegenden sittlichen und der durch Erfahrung gegebenen realen Welt. Wenn Stammler meint, die Negation des Kantschen Fundamentes der Ethik und damit des Naturrechtes sei nur möglich um den Preis des Materialismus oder der Negation der Sittlichkeit, so trifft dieser Schluss nur zu von Kants Voraussetzung aus, dass die sittlichen Gebote oder Bedürfnisse kein möglicher Gegenstand der Erfahrung seien. Genau ebenso wie Stammler in Kants Be-

gründung der Ethik die einzige mögliche Schutzwehr gegen den Materialismus sieht, hält Rivalta die Rückkehr zur Scholastik für erforderlich

per opporsi all' influenza perniciosa del materialismo schernitore così della logica universale, come di ogni ricerca astratta (S. 59).

Dieser Standpunkt ist aber der consequentere, da er überhaupt den Begriffen ein selbständiges Dasein zuschreibt. Zugleich unterlässt es Rivalta nicht, die Consequenz zu ziehen, dass

la legge positiva ha virtù di obbligare solo in quanto è giusta (S. 96).

Rivalta rühmt der Scholastik nach, dass sie dem Juristen „un sistema completo de cognizioni“ liefert, und daran ist kein Zweifel, dass, wenn wir im Besitze eines solchen Systemes wären, wir den allgemeingültigen Massstab hätten, welchen Stammler fordert. Ein solches System lässt sich freilich als ein fertiges nie aus der Erfahrung ableiten; wer aber verbürgt uns seine Wahrheit, wenn es die Erfahrung nicht thut? Die Wahrheit der Lehren des Thomas von Aquino verbürgt bekanntlich dem Katholiken die Auctorität des Papstes, welchem auch Rivaltas Schrift gewidmet ist. Für denjenigen aber, welcher in Fragen der Erkenntniss eine persönliche Auctorität nicht anerkennt, giebt es in Sachen des menschlichen Verhaltens neben der individuellen Erfahrung keinen grösseren Lehrmeister als die Geschichte. Wie aber diese selbst eine nie fertige, sondern stets sich weiter entwickelnde ist, so sind auch die aus ihr zu schöpfenden Lehren den menschlichen Zuständen und Bedürfnissen nicht nur als gewordenen, sondern ebenso sehr als werdenden zu entnehmen, und es ist höchst einseitig, wenn Stammler meint, dass die geschichtliche Auffassung „statt des . . . Haltes vernunftgemässer Erwägung nur verhärtetes Material der Geschichte zu bieten im Stande ist“. Wer freilich an ein fertiges System der menschlichen Erkenntniss glaubt, der kann nur, wie Rivalta am Schlusse seines Buches thut, die Annahme eines geschichtlichen Fortschrittes des Rechtes als eine utopische bezeichnen.

VII.

Das Statut für die Zunft der Elfenbeinarbeiter.

Von

Herrn Dr. **Otto Gradenwitz**

in Berlin.

In Trastevere wurde im Herbst 1886 ein Fragment von Marmor gefunden, worauf eine zu Hadrians Zeiten gefertigte Inschrift steht, die durch Wasser und Feuer allerdings sehr gelitten hat. Sie wurde im *Bulletino della commissione archeologica comunale di Roma* 1887 (S. 3. ff.), unter Beifügung einer vorzüglichen Phototypie, durch Borsari besprochen.

Später nahm Hr. Hülsen eine neue Lesung vor, bei der er unter anderem constatirte, dass die Inschrift nicht, wie Borsari gelesen, von *corarii*, sondern von *eborarii* (Elfenbeinarbeitern) handelt ¹⁾.

Die jetzige Besprechung ruht im wesentlichen auf Hrn. Hülsens Lesung; im Frühjahr 1889 sahen Hr. Hülsen und ich uns die Inschrift noch einmal an, wobei noch einiges mehr und wenig anders gelesen wurde als vorher. Damals befand sich die Inschrift im Hause des Herrn Borsari, wo uns die Berücksichtigung freundlichst gestattet wurde; jetzt ist der Stein an das *municipio* verkauft.

Im folgenden soll zunächst die ursprüngliche Gestalt des Steines, dann der Inhalt der Inschrift besprochen werden.

Die Inschrift lautet nach Hülsen:

(x × 32) *Aelianus ius scholae tetrastyli* | (x × 32 + 2)
Aug. quo conveniretur a negotiantibus | (x × 32 + 4) *eboraris* dedit.

Item (?) p lacere ut si alius quam negotiator eborarius
s aut citriarius per || (10?) curatorum in hoc collegium adlectus

¹⁾ Vgl. Hülsens kurze Bemerkung in den Mittheilungen des Kais. arch. Inst. in Rom. 1889. S. 282.

esset, uti curatores eius | (8?¹) *ex albo raderentur*²) ab ordine. debebunt utique curatores de eo | (8?) adlecturi fuerint ante ad quinqu(ennalem)³) referre. |

(9?) item uti K(alendis) Ian(uariis) strenuam * V ex arca (3) a curatoribus (4) cuiusque | (8) *mustacium* et palma et carica et pir(3) osch (3) m (3) VIII (3) Febr. || (9) *Hadriani Aug* 10 (usti) sportulae darentur * V et a *curatoribus* praestari placuit (15) *caldam* passive iis qui ad tetrastylum epulati fuerint | (20) *Iuli Aeliani* sportulae ex arca darentur * III et a cur|atoribus (13) *passive* praestari placuit iis qui ad tetrastylum epulati | *fuerint* (16) *Iuli Flacci* it *em* (?) sportulae ex arca darentur et a curatorib||us (27) e praestari placuit iis 15 qui ad tetrastylum epulati fuerint | (29) sport(ulae) ex arc(a) darentur (3) I (8) us passive iis | *qui ad tetrastylum epulati fuerint*. item plac (3) u orina (5) *III idus a(ug.) die*⁴) imperi | (32 um ep (3) test (10) sui cuiusq anni | (37?) a X (2) s omnibus annis divideretur. item || (31?) annis fierent (8) 20 ordinem. item placere | (33?) ve anni comm(s) u (1) s (1) ntia acciperent | (35?) in arca corporis curatores dividerent aequis | (36?) inferrent senti (5) atis a curatorib(us) sing(ulis) | (31?) item placere uti adlect (5) eod(em) anno (5) darent || 25 (36?) utrisq(ue) erogentur. item placere uti | (35?) o inferrent arcae X (2).

I. Ursprüngliche Gestalt des Steines.

Der Stein ist, was Tiefe und Länge angeht ($0,08 \times 0,30$ nach Borsari) vollständig erhalten; nicht so in der Breite: der Anfang einer jeden Zeile fehlt, oben wenig, unten viel: die Breite des erhaltenen Theils beträgt oben 0,56 Inschrift + 0,03 Rand = 0,59, unten 0,30 Inschrift + 0,03 Rand = 0,33, also nicht viel mehr als die Hälfte des obersten Theiles. Es ist daher nicht möglich, die Gestalt direct zu bestimmen.

¹) *rei causa* (Mommsen). — ²) *ex albo raderentur* Mommsen. Hülsen las: *xaebora e entur*. — ³) „Die Ergänzung ad quinqu(ennalem) ist insofern bedenklich, als deren Zahl nicht fest zu sein scheint. Beispiele: ein qq: C. VI, 4418, zwei: C. XXI, 258 ein C XXI, 284. In der lex coll. Aesc. et Hyp. C VI 10234 neben einem qq. perpetuus mehrere curatores.“ Mommsen. — ⁴) Hirschfeld.

Borsari (a. a. O. S. 4) schloss daraus, dass die 3. und 7. Reihe nicht bis zum Ende der Zeile beschrieben sind, es müsse vorn mindestens ein ebenso grosses Stück fehlen, wie hinten frei sei (aus Gründen der Symmetrie), so dass in Ueberschrift und Text mindestens $\frac{1}{2}$ weggebrochen sei. Allein einmal trifft die Voraussetzung, dass die letzte Zeile von Ueberschriften stets freigestellt worden sei, sehr häufig nicht zu, und sodann ist es auch Z. 17 möglich, zu erkennen, dass im Texte fast gar nichts in den ersten Reihen fehlt. Ergänzt man nämlich dort: *qui ad tetrastylum epulati*, so kommt man in der Senkrechten fast genau auf das A von Aelianus der Ueberschrift. Aber Hülsen bemerkte, dass in der Ueberschrift allerdings viel mehr fehlen müsse, und schloss daher, dass hier, wie so häufig, die Ueberschrift sich über mehrere Textcolumnen erstreckt habe, von denen die erste (oder alle bis auf die letzte) uns verloren seien. Seine Vermuthung ist so einleuchtend, dass Gründe in Menge zuströmen. Dass ein Statut begonnen habe mit einer Bestimmung für den möglichen, aber doch seltenen Fall, wo es einem nicht Zunftmässigen geglückt ist, mit Hülfe der *curatores* Aufnahme in die Zunft zu finden, ist unglaublich; dass vorher die Ankündigung *Lex collegii* gefehlt habe, ist unmöglich; dass das Statut sich in seinem weitaus grössten Theile bloss mit Mahl-ordnungen und dergleichen befasst hat, wird niemand annehmen, der die anderen Statute vergleicht. Endlich macht Hülsen noch darauf aufmerksam, dass vor A]elianus wahrscheinlich die antike linke Kante des Steines zu fühlen ist; dies ergäbe für unseren Stein $59 \text{ cm} = 2 \times 29,5 \text{ cm} = 2$ römische Fuss; nun wurde das Fussssystem bei der Behauung von Steinen zunächst zu Grunde gelegt; daher ist auch aus diesem ganz äusserlichen Umstande wahrscheinlich, dass uns ein Stein eben ganz erhalten ist, dem ein anderer vorangestellt war; durch beide Steine ging die Ueberschrift, jeder Stein enthielt eine Columne, und die verloren gegangene Columne gerade die wichtigsten Bestimmungen.

II. Der Inhalt der Inschrift.

Vier Theile sind zu unterscheiden; der zweite und dritte sind durch einen neuen Absatz bemerklich: A) Ueberschrift,

B) Aufnahme des nicht zum Fach Gehörigen, C) Festordnungen, D) Einige verstümmelte Bestimmungen über Beiträge und Auszahlungen.

A. Die Ueberschrift.

Diese belehrt uns, dass Aelianus (nach Z. 12 Julius Aelianus) der Zunft der eborarii ein ius gegeben habe. Er ist also einer der Wohlthäter der Zunft, ähnlich wie bei der Lanuvina L. Caesennius Rufus, beim Collegium des Aesculapius Marcellina und Aelius. Dafür wird auch sein Geburtstag gefeiert (Z. 11).

Ueber den Ausdruck ius in dieser Anwendung verdanke ich der Güte des Herrn Prof. Mommsen folgende Erörterung: „Ius ist nicht das Statut, woran man hier gedacht hat, sondern das geschenkte Object; vgl. z. B. C. VI 10238: quod si q(u)is eorum partem iuris sui vendiderit. VI 4940: emit de L. Pinario Rufo quod fuit iuris L. Viriani Lab. Aber für das einfache Eigenthum (scholam dedit) steht ius scholae dedit gewiss nicht; es wird wohl dem Collegium nur das Recht gegeben worden sein, sich in der fraglichen Oertlichkeit zu versammeln, ohne dass diese selbst den Eigenthümer wechselte; ob dieses der Staat war oder Aelianus, ist nicht zu entscheiden. Analog ist die Inschrift von Tusculum C. XIV 2634: ein angesehener Mann wird vom collegium dendrophorum geehrt und baut darauf, scholae eorum loco imperato ab ordine, dieselbe aus. Hier wird offenbar das Gebäude auf Gemeindeboden errichtet.“

Ueber die schola tetrastyli Aug. bemerkt Herr Prof. Mommsen: „Die schola begegnet oft, das tetrastylum auch mehrfach (C. XIV, 2112. 2416); verbunden sind sie mir sonst nicht vorgekommen. Schola tetrastylus in der Weise zu verbinden, wie Vitruvius das Wort adjectivisch als ‘viersäulig’ verwendet, woran man gedacht hat, ist dem gangbaren substantivischen Gebrauch des Wortes für das von vier Säulenreihen eingeschlossene Gebäude nicht angemessen und wird ausgeschlossen durch Z. 15 qui ad tetrastylum epulati fuerint. Dass schola und tetrastylum coordinirt stehen, etwa durch eine am Schluss stehende Partikel verbunden, ist ebensowenig wahrscheinlich. Vielmehr wird das atrium tetrastylum, das

auch Vitruv schon kennt (Marq. Handb. 7, 217), hier ebenso gemeint sein wie in den Arvalurkunden und wo sonst in der Kaiserzeit tetrastylum absolut auftritt. Das Bauwerk, von dem hier die Rede ist, gehört also architektonisch in eine Reihe mit dem atrium libertatis, dem atrium Vestae und ähnlichen. Danach dürfte schola hier, wie öfter besonders in späterer Zeit, den Versammlungsraum des Collegium bezeichnen und dieser innerhalb eines tetrastylum (in dem Sinn, wie vita Gord. 32, 2 das Wort gebraucht wird, vgl. Henzen Arv. p. XXII) ausgemacht gewesen sein. In dem folgenden . . . Aug. kann alles mögliche stehen, da mindestens 28 Buchstaben fehlen; am nächsten liegt (vgl. die oben angeführten, das tetrastylum nennenden Inschriften) eine locale Determination. quod est a dextra aedis Fortunae Aug. oder dergl. Z. 3 macht ebenfalls grosse Noth, besonders weil dedit seinen Dativ verlangt. Man kann vorschlagen a negotiantibus [eboraris data lege i. s. isdem negotiantibus e]boraris dedit.“

B. Die Aufnahme des alius quam negotiator.

Der juristisch bei weitem interessanteste Theil der Inschrift sind die folgenden vier Zeilen: Sie handeln von dem Fall, wo einer, der nicht in Elfenbein oder Citrusholz arbeitet, durch Bemühung der Curatoren in das Colleg hineingebracht ist; die Citrusholzhändler werden also den Elfenbeinhändlern hierin gleichgestellt, obwohl die Stiftung nach der Ueberschrift nur den eborarii gilt; die Gleichstellung erklärt sich daraus, dass die Luxustische aus Citrusholz, von denen auch in den Pandekten die Rede ist¹⁾, mit Elfenbeinfuss gearbeitet wurden; darum hatten eborarii und citriarii häufig mit einander zu thun und waren gewissermassen auf einander angewiesen²⁾.

Um die Wichtigkeit der folgenden Bestimmung zu würdigen, muss man sich vor Augen halten, dass bis zur Auffindung unseres Steines — ja bis zu der durch Mommsen festgestellten richtigen Lesung des Anfangs der Z. 6³⁾ — es

¹⁾ z. B. D. 19, 1, 21, 2: veluti si quis mensas quasi citreas emat quae non sunt. — ²⁾ Marquardt-Mau, Privatleben Bd. 2 S. 723. Hülsen a. a. O. S. 282. — ³⁾ Es sei gestattet, über die Lesung folgende historische Notiz beizubringen: Dass die Inschrift von eborarii handelt, hatte Hülsen herausgefunden; es war natürlich, dass er ver-

durchaus zweifelhaft war, ob die römischen Handwerkerzünfte sich streng auf Fachgenossen beschränkten, oder ob sie ausnahmsweise auch solchen Aufnahme gewähren konnten, die, ohne zum Fach zu gehören, sich in anderer Weise brauchbar oder nützlich erwiesen, und etwa als ausserordentliche Mitglieder fungiren konnten.

Herr Prof. Mommsen bemerkt hierzu noch: „Die Inschrift aus der Gegend von Thun (inscr. Helvet. nr. 212) . . Amill[ius] Polynices [n]atione Lydus, artis [a]urifex, corporis fabr(um) tignuariorum, [a]pud eosdem omnib(us) [h]onoribus functus verdient Erwähnung; auch der Sohn ist eiusdem artis [e]t corporis. Es können hierüber natürlich statutarisch sehr verschiedene Ordnungen gegolten haben; doch ist auch zu erwägen, dass die fabri tignarii als Löschmannschaft verwendet wurden (Marquardt, Handb. 7, 719, Hirschfeld, Gal-lische Studien III) und daher hier am ersten auch solche Aufnahme finden konnten, die nicht Zimmerleute waren ¹⁾.“

Jetzt erfahren wir, mindestens für eine Zunft, dass die Aufnahme solcher alii quam den Beamten nicht nur verwehrt, sondern mit der härtesten Strafe bedroht war. Wo die Statute sonst Strafen für Beamte festsetzen, sind es meist²⁾ Geldbussen, die als Ordnungsstrafen aufzufassen sind (coll. Aescul. Z. 19): in unserem Fall trifft sie schlimmeres: sie scheiden aus

muthete, ebora lesen zu müssen, wo hora sicher war, und der vorhergehende Buchstabe ebensowohl ein e wie ein l mit einigen Strichen, die durch Verwitterung entstanden, sein konnte. In Folge dessen zweifelte niemand an dem ebora, und alle, denen die Inschrift vorlag, bemühten sich vergebens, das folgende — e — entur herauszubekommen, — so war das Räthsel eben nicht zu lösen. Mommsen dagegen, indem er statt xa e bora eben xa lbora las, gewann sofort die richtige Wortheilung und damit das übrige:

nicht: xa|ebora|? e? entur,

sondern: x|a|lbo|ra e entur.

¹⁾ Interessant ist der von Hirschfeld a. a. O. aufgeführte Brief des Plinius mit Trajans Antwort X 32, 34. Plinius erbittet die Autorisation zur Errichtung eines Feuerwehrcorps in einer Stadt und nimmt es auf sich, zu verhindern, dass andere als fabri hineinkommen: trotzdem verweigert der Kaiser die Erlaubniss aus politischen Gründen. — ²⁾ Vgl. Liebenam in dem unten genannten Werk S. 223. 234; er führt daneben noch den Verlust des Amtes und die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung eines solchen an.

der Zahl der Mitglieder aus, nicht bloss aus dem Amte; denn das *album*, die Liste, umfasst zunächst die Vornehmen, die *patroni* der Zunft, geordnet mitunter nach ihrem Stand als Senatoren und Ritter, dann die *honorati* und dann die *plebs*¹⁾. Die betreffende Person wird also nicht im Vorstand und unter den Mitgliedern, doppelt, geführt, sondern nur einmal, und wer als *Curator* ausradirt ist, ist es auch als Mitglied, es ist nicht *Degradation*, sondern *Cassation*. Die Strafe wird vollzogen durch Auskratzen der Namen, denn die Alten nehmen es genau mit der Fiction, der Betreffende habe die Stelle, deren man ihn für unwürdig erklärt, nie gehabt. *Radere* und *eradere* ist hierfür bezeugt; Tac. Ann. 4, 42: *eradere albo senatorio*; ibid. 3, 17: *nomen Pisonis radendum fastis*; Sueton Claud. 16: *erasit albo iudicum*. Bekanntlich wurde auch, wenn ein Kaiser durch *damnatio memoriae* der Vergessenheit überliefert werden sollte, sein Name, „wo er öffentlich genannt war, getilgt“²⁾, und dieses Schauspiel wiederholt sich auf der kleinen Bühne der Zunft.

Manche Zunftverzeichnisse haben Zeichen solcher Rasuren. Nach dem *album* C. I. L. XIV 251 col. I l. 2 ist der oberste Vornehme, der *princeps* der Liste, von diesem Schicksal betroffen worden; in dem Fall hat es sich gewiss um eine politische Verwicklung, nicht um eine Pflichtwidrigkeit der Zunft gegenüber gehandelt. Aber anderwärts: C. I. L. XIV 246 col. III l. 3, col. IV l. 28, col. V l. 4 sind Mitglieder mitten aus der Zahl heraus getilgt, und da dürften wohl dem vorliegenden ähnliche Vorkommnisse der Grund gewesen sein.

Die Rechtsfolge, mit der die *Curatoren* bedroht sind, ist sonach einfach genug; dagegen ist es nicht ebenso klar ersichtlich, wie das Verhalten der Zunft gegen den Eindringling selber war, — dass man sich damit begnügte, freiwilligen Austritt von seinem Ehrgefühl zu erwarten, ist nicht anzunehmen, im übrigen sind zwei Möglichkeiten:

1) Wie bei der *damnatio memoriae* knüpfte sich vielleicht an die Streichung aus den Listen auch hier eine *rescissio*

¹⁾ Ausnahmsweise kommen allerdings einige *quinquennales* noch einmal unter der *plebs* vor: C. I. L. XIV 251. — ²⁾ Mommsen, Staatsrecht Bd. II 1134.

actorum; solche ist freilich in der Praxis mehr Revision als Rescission gewesen, liess aber gewiss nie den Act bestehen, der Veranlassung zu dem ganzen Aergerniss war: man würde also den *curatores* den *alius quam* nachgesendet haben. Indess ist es nicht wahrscheinlich, dass die Sache ohne Anlehnung an sonstige statutarische Bestimmungen so einfach vor sich ging.

2) Eine solche Bestimmung kann man sich aber wohl vorstellen: *Adlectio*, Ergänzungs- oder Nachwahl, ist bei solchen Körperschaften, die, wie der Senat der späteren Republik, periodisch formell ganz neu zusammengesetzt werden¹⁾, eine ausserordentliche Art der Ergänzung, — bei *collegia*, die einen Stamm von alten Mitgliedern stets behalten, ist es einfach die regelmässige Aufnahme: diese erfolgt bei unserer Zunft durch die Jahresbeamten, wie wir aus dem Satz *debeunt utique curatores de eo ita adlecturi fuerint*, ersehen. Unzweifelhaft war ihnen die rechtliche Macht dazu durch das Statut (auf einer früheren Tafel) ausdrücklich zuerkannt, aber wahrscheinlich mit Beschränkung auf *eborarii* und *citriarii*, so dass, wenn sie einen *alius quam* aufnahmen, dieser ohne eine Stütze im Statut, also nichtigerweise aufgenommen war. Die uns erhaltene Bestimmung ist dann gewissermassen die Strafsanction einer *Lex plus quam perfecta*, und das Ganze so zu denken: die *curatores* sind dazu ermächtigt, *eborarii* bez. *citriarii* aufzunehmen, d. h. *e contrario*: einen anderen in die Zunft hineinbringen können sie nicht; überdies: *placere ut . .*, d. h. versuchen sie es und nehmen ihn — formell betrachtet — auf, so scheiden sie aus. Der schon erwähnte Schlusssatz lässt wohl darauf schliessen, dass eine solche Machtstellung der *curatores* nicht das Regelmässige war: der Satz bringt noch eine Cautel, wie wenn man sich schliesslich doch nicht recht getraut hätte, die *curatores* so frei hinzustellen: sie sollen vorher an den Vorstand für das *lustrum* berichten, — augenscheinlich damit das Vorkommen von Fehlern auf Kosten der Zunft thunlichst erschwert werde. Hier heisst es üb-

¹⁾ Mommsen a. a. O. II 418 ff.

rigens bloss dehebunt, es scheint dies eine *lex minus quam perfecta* zu sein.

Nehmen wir somit an, dass es sich bei der *adlectio* um ein Ehrenrecht handelt, das den Unterbeamten gerade dieser Zunft — und zögernd — zugestanden war, so wird die Strenge begreiflicher; immerhin bleibt die Strafe sehr hart, es wird in ihr wohl eine übermässige Reaction gegen einige besonders anstössige Vorfälle innerhalb dieser Zunft oder verwandter Zünfte zu erblicken sein, und zu bedenken ist auch folgendes:

1) Der Satz: *si alius quam negotiator eborarius aut citrarius per curatorum in hoc collegium adlectus esset* enthält den Thatbestand für die besprochene Rechtsfolge, — leider lückenhaft, aber doch so, dass hinter *per* ein Wort ergänzt werden muss, das die ganze Bestimmung milder erscheinen lässt; es sind nur wenige Striche erhalten; aber mag man *negligentiam* oder *incuriam* oder *socordiam* oder *collusionem* vermuthen, sicher scheint, dass durch das fehlende Wort den *curatores* Straffreiheit für den Fall erwirkt war, wo sie von dem *alius quam* in entschuldbarer Weise getäuscht waren.

2) Daraus, dass die Strafsanction auf dem geduldigen Stein eingegraben wurde, folgt noch nicht, dass man sie in der Praxis befolgt hat. Hier mag man es vorgezogen haben, den Eindringling zu dulden, statt mit ihm eine Anzahl tüchtiger Mitglieder zu opfern ¹⁾.

¹⁾ Dafür, dass in der That die Zunftstatuten sich als ungenügend erwiesen, die Aufnahme Unwürdiger zu verhindern, spricht die von Liebenam in seinem soeben erscheinenden Werke: „Zur Geschichte und Organisation des römischen Vereinswesens“ S. 42 erwähnte That-
sache, dass durch Pius — also etwa ein Menschenalter nach unserer
Inschrift — Bestimmungen, betreffend Lebensalter und körperliche
Rüstigkeit der Genossen von Staatswegen ins Werk gesetzt wurden. —
Nicht mit Unrecht führt Liebenam a. a. O. S. 43 hierbei das Wort
des Kaisers an (*Vita Antonini Pii* c. 7): *nihil esse sordidius immo cru-
delius, quam si rem publicam is adroderet, qui nihil in eam suo labore
conferret*. Aber in der Verfügung selbst möchte ich weniger eine
„staatliche Controle über das Vereinswesen“ (Liebenam a. a. O. S. 43)
sehen, als ein staatliches Misstrauensvotum, durch welches die staat-
lichen Consequenzen aus der Zugehörigkeit zur Zunft (z. B. immuni-

Wichtig für die Erkenntniss der Verfassung unserer Zunft ist der Schlusssatz: *debeant utique curatores de eo* [? *homine quem?*] *adlecturi fuerint*¹⁾, *ante ad quinqu(ennales? ennalem?) referre*. Er nimmt sich an dieser Stelle eigenthümlich aus, denn die Vorschrift, dass an die Oberbehörde zu berichten ist, erwartet man eher hinter dem Paragraphen, der den *curatores* das Recht des Zuwählens giebt, als hinter demjenigen, der den Missbrauch dieses Rechts bestraft. Vielleicht ist der Satz erst bei einer Neuredaction nachträglich eingefügt und so an diese Stelle gekommen.

Sachlich liefert der Satz einen neuen Beweis für die bekannte Thatsache, dass *quinquennales* der Zünfte, wo sie mit *curatores* concurriren, die Vornehmeren sind: denn ein Bericht wird naturgemäss an den Höheren abgestattet. Wenn eine Körperschaft aus ihrer Mitte Vorsteher auf ein Jahr wählt (und das *sui cuiusque anni* Z. 18 dürfte sich auf die *curatores* beziehen), daneben solche auf fünf Jahre, so lässt sich bei mässiger Mitgliederzahl wohl für die ersteren das Princip der Anciennetät festhalten, nicht aber für die letzteren (auch wenn ihrer zwei oder drei neben einander im Amte sind): denn die menschliche Lebensdauer ist dafür zu kurz: es wird also das Lustralamt zu einer Auszeichnung für die Besten. So stehen die *quinquennales* bei der Aufzählung der Mitglieder stets vor den *curatores*²⁾, sie werden bei den Spenden reichlicher bedacht als die *curatores*³⁾, und was ganz charakteristisch ist, nach unserer Inschrift scheint es, sollen sie straffrei ausgehen, obwohl sie durch den Bericht doch in Kenntniss gesetzt waren von dem, was die *curatores* vorhatten. Es scheint, dass man eine *collusio* seitens der *quinquennales*

tas), und nur diese, abgelehnt werden für Fälle, wo die Zunft zu Unrecht aufgenommen hat: mochte der *navicularius* ohne *navis* immerhin in der Zunft sitzen, — das *Privilegium* bekommt er nicht. L. 6 § 6 D. 50, 6 (so Marcus und Verus). Für die wirkliche staatliche Controle, die in der Concessionirung liegt, bietet einen interessanten Beleg die kleine Inschrift: *constitutiones corporis munimentum*, auf die Herr Prof. Mommsen mich hinweist. (Matz-Duhn S. 365.)

¹⁾ *Adlecturi fuerint* ist das Futurum von *adlecturi sunt*; vgl. Madvig, Lat. Gramm. 343; *fuerint* steht statt *erunt*, wie z. B. Z. 11 bei *epulati fuerint*. — ²⁾ Vgl. die genannten Inschriften. — ³⁾ *Lex coll. Lanuvina* II 8 und 17.

für ganz ausgeschlossen hielt und darum nur die niederen Beamten zur Verantwortung zog, etwa wie nur die *magistratus municipales*, nicht die Oberbeamten, bei der Bestellung schlechter Vormünder hafteten. — Diese Straffreiheit der *quinquennales* ist nicht überall wiederzufinden: die *lex Coll. Aesc. et Hyg. 21* verhängt über *quinquennalis* und *curatores* gleichmässig Ordnungsstrafen.

Hinter *ex albo raderentur* kommt eigenthümlich nachschleppend: *ab ordine*; der *ordo* ist also die Instanz für die Entfernung der *curatores*; unter *ordo* ist bei Körperschaften die Gesamtheit der Mitglieder, die Plenarversammlung, nicht ein Ausschuss, Rath oder ähnliches zu verstehen¹⁾.

C. Die Festlichkeiten der Zunft.

Durch einen Absatz kenntlich gemacht, folgen die Bestimmungen über die Festtage der Zunft. Es sind deren vier oder fünf im Jahr: Neujahr, Kaisers Geburtstag und die Geburtstage der Patrone. Der Abschnitt ohne den Anhang (s. f. S.) reicht bis Z. 17 zu Anfang (*fuerint*). Der Beginn jeder einzelnen neuen Norm ist dadurch kenntlich, dass das Datum voransteht und bei den Geburtstagen die ganze Verfügung immer mit der Beschränkung auf die zum Speisen im *tetrastylum* wirklich erschienenen Mitglieder schliesst:

1) Diese Beschränkung fehlt bei der Neujahrsfeier; es ist daher vielleicht anzunehmen, dass für den Neujahrstag nur die Spende von Brot und Nachtsch, nebst Geld²⁾ für das übrige, nicht aber ein gemeinsames Mahl in Aussicht genommen war. Es sollen je 3 Denare aus der *Casse* gezahlt und durch die *curatores* folgende Esswaaren vertheilt werden: Mohnkuchen, Datteln, Karische Feigen und eine Sorte Birnen.

2) Z. 6 bis Z. 8 zu Ende: Am 25. Januar, als am Geburtstage des regierenden Kaisers Hadrian, soll die gleiche Spende an Geld gegeben und ausserdem allen denen, die im *tetrastylum* speisen, etwas von den *curatores passive*, d. h. *promiscue*³⁾, nicht *ubique*, zugetheilt werden. Was dies etwas war,

¹⁾ Mommsen, a. a. O., III 459 A. 1. — ²⁾ Die Form *strenua* statt des üblichen *strena* findet sich auch sonst. — ³⁾ Mommsen, Mittheilungen des Kais. Arch. Inst. 1888, S. 82.

ergiebt sich nicht; nur dass calda, das ist in der gewöhnlichen Bedeutung warmes Wasser, mit dabei sein sollte, ist zufällig erhalten.

3 und 4) An den Geburtstagen von Aelianus (bis Z. 13 epulati, wozu als Anfang auf Z. 14 fuerint zu ergänzen ist) und Flaccus (bis Z. 15 zu Ende) sollen ebenfalls sportulae gegeben werden, aber geringere, am Aelianustage 3 Denare, wieviel am Flaccustage, ist nicht gesagt. Ausserdem war noch etwas von den Curatoren zu vertheilen.

5) Nun folgt eine kürzere Bestimmung, dass an einem wahrscheinlich nur kalendarisch bestimmten Tage eine ebensolche Spende stattzufinden habe (bis Z. 17 fuerint).

Anhang. Nicht ein Festessen, sondern vielleicht ein festlicher Aufzug wird in einem neuen, mit item plac (Z. 17) angekündigten Bestimmung festgesetzt für den 30. Juli, den dies imperii Hadrians. Herr Prof. Hirschfeld, der die Ergänzung nach vita Hadriani c. 47 vorgenommen, macht darauf aufmerksam, dass die Festtage offenbar in kalendarischer Folge aufgezählt sind.

D. Die Schlussbestimmungen.

Einige Normen folgen, enthaltend die Rechtsfolge, dass an die Mitglieder oder an die Jahresbeamten auszuzahlen, in anderen Fällen wiederum von ihnen ein Beitrag zu erheben ist. Die Thatbestände sind zum grössten Theil zerstört; in der drittletzten und der vorletzten Zeile handelt es sich wohl um scamnari nomine zu entrichtendes Geld.

VIII.

Beiträge zur Interpretation von Scävolas Digesten.

Von

Herrn Geheimerath Professor Dr. **Schirmer**
in Königsberg.

1. L. 35 § 1 D. de donat. 39, 5. Lucius Titius fundum Maeviae donavit et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Seio pignori obligavit et intra dies triginta Maeviam in vacuum possessionem eiusdem fundi induxit: quaero, an donatio perfecta sit. respondit, secundum ea quae proponerentur perfectam: verum creditorem firmam pignoris obligationem habere (Scaevola lib. 31 Dig.).

Es liegt auf der Hand, dass die Anfrage in dieser Stelle, „an donatio perfecta sit“, sich auf das Recht der lex Cincia bezieht, und dass es sich, da nur die typischen Namen Lucius Titius und Maevia als die der handelnden Parteien angegeben werden, um personae non exceptae handelt. Es ist ferner unter dem Grundstück ein fundus Italicus zu verstehen, einmal, weil jeder Hinweis auf dessen Provincialeigenschaft fehlt, dann aber auch, weil ohne das die ganze Frage sich darauf reduciren würde, ob die Schenkung eines mit einer Hypothek belasteten Grundstückes als perfecta donatio gelten könne, worüber vernünftiger Weise kein Zweifel zu erheben war. Endlich passt auch der Schlusssatz des Responsum, der die Rechtsbeständigkeit der Verpfändung erst hervorhebt, nicht zu der Voraussetzung eines bestehenden Pfandrechts als Zweifelsgrund. Von zwei Momenten würde also die Perfection der Schenkung abhängen, der Mancipation und Tradition (fr. Vat. § 313). Es ist kaum möglich, dass Scävola der ersteren nicht ausdrücklich sollte erwähnt haben, dass man etwa den Hinweis auf dieselbe in dem unbestimmten „donavit“ sollte

erkennen müssen. Dies Wort drückt im Grunde nicht mehr aus als „Erklärung des Schenkungswillens“, wie eine solche z. B. in den *professiones apud acta factae* (fr. Vat. § 266^a 268. 285), die der Mancipation und Tradition vorauszugehen pflegten, oder in einer *epistola* enthalten ist, so dass Papinian geradezu von einem *donare per epistolam* redet (fr. Vat. § 263), obschon weder Mancipation noch Tradition nachgefolgt ist, also gar kein gültiges Rechtsgeschäft vorliegt („*nihil egisse placuit*“). Es ist demnach nicht wohl möglich, dass Scävola diesen unbezeichnenden Ausdruck gewählt haben könnte, um dadurch das prägnante *mancipio dedit* oder *mancipavit* zu ersetzen. — Wo haben wir also die Erwähnung der Mancipation zu suchen? Einzig und allein da, wo sie sich in der Justinianischen Compilation regelmässig verbirgt, hinter dem „*ante traditionem*“. Es ist meiner Meinung nach unrichtig, diese Worte mit Mommsen in seiner Pandektenausgabe für ein Glossem zu erklären; Scävola schrieb „*et ante mancipationem*“ und sagte damit in seiner knappen Weise zweierlei, einmal, dass das Grundstück nachmals an die Maevia mancipirt, dann aber, dass noch vorher das Verpfändungsgeschäft mit dem Seius abgeschlossen wurde. Wäre dies erst nach erfolgter Mancipation geschehen, wie man annehmen müsste, wenn man den Mancipationsact in dem „*donavit*“ versteckt glaubt, so wäre, wie mir scheint, viel eher die Frage nach der Gültigkeit der Verpfändung, als die nach der Perfection der Schenkung aufzuwerfen gewesen; ja, ich wüsste überhaupt nicht, wie man die Existenz des Pfandrechtes unter diesen Umständen begründen könnte. Das Eigenthum ist gültig in civiler Form an den Beschenkten übertragen, von der *exceptio legis Cinciae* ist nicht allein kein Gebrauch gemacht, sondern durch die nachfolgende Uebergabe sogar jede Möglichkeit, sich der Einrede zu bedienen, abgeschnitten. Darf man nun, selbst wenn man der Proculianischen Meinung beipflichtet, („*quasi popularis sit haec exceptio*“ fr. Vat. § 266), dem Hypothekargläubiger die Einrede zugestehen, die der Hauptbetheiligte längst nicht mehr hat, oder gar ihm daraufhin eine *actio hypothecaria* gewähren?

Welcher Art ist nun aber die Verpfändung gewesen? An ein Faustpfand ist nicht zu denken, da die Uebergabe des

Grundstückes an den Beschenkten anstandslos vollzogen wird. Gegen eine Hypothek spricht gleichfalls der Umstand, dass deren Bestellung kaum einen Zweifel an der vollen Rechtsbeständigkeit der Schenkung zu begründen geeignet erscheint. Ganz anders, wenn man eine Fiduciirung voraussetzen darf. Statt „*pignori obligavit*“ würde Scävola „*fiduciae dedit*“ oder, was mir noch wahrscheinlicher ist, „*fiduciae obligavit*“ geschrieben haben. Hätten die Compileren „*fiduciae dedit*“ vorgefunden, so dürften sie dafür einfach „*pignori dedit*“ gesetzt haben und hätten schwerlich bloss deshalb „*dedit*“ in „*obligavit*“ geändert, um hervorzuheben, dass der Besitz des Grundstückes nicht an den Gläubiger gelangt ist; zudem entspricht das „*firram obligationem habere*“ am Schlusse dem voraufgehenden „*obligavit*“ und weist auf dieses zurück. Allerdings ist *fiduciae obligare* ein ungewöhnlicher Ausdruck, aber doch nicht ganz ohne Analogie; L. 9 C. Th. de infirm. his quae sub tyr. XV 14 steht wenigstens „*pignoris atque fiduciae obligatio perseveret*“, und Scävola hatte allerdings in dem Zusammenhange der ganzen Stelle guten Grund, die geschehene Fiduciirung als „*fiduciae obligatio*“, nicht als „*fiduciae datio*“ zu bezeichnen. In dieser Charakterisirung des Geschäftes liegt eben schon die Beseitigung des laut gewordenen Zweifels. Nimmt man nun an, dass in dem Fragmente ursprünglich von einer *fiducia* die Rede war, so erhält auch, wie denn überhaupt bei Scävola kein Wort überflüssig ist, das „*intra dies triginta*“ seine gute Bedeutung. Es ist damit gesagt, dass eine *usureceptio fiduciae* inzwischen nicht stattgefunden hat. Diese setzt nämlich, falls nicht die Pfandschuld getilgt ist, nach der jetzt herrschenden (s. z. B. Geib Sav.-Zeitschrift Bd. VIII p. 116), zuerst von Stintzing (*bona fides* p. 15 ff.) aufgestellten und von mir gegen Scheurl ausführlich (*Usucapion* p. 72—91) vertheidigten Meinung den ungestörten Verbleib des Mancipanten im Besitze der fiduciirten Sache voraus. Wäre also inzwischen *usurecipirt* worden, so fiel selbstverständlich jedes Bedenken gegen die Perfection der Schenkung fort. So aber bleibt dasselbe bestehen; es liegt darin, dass eine voll wirksame Mancipation an den Gläubiger der an den Beschenkten vorhergegangen ist. Wenn Scävola trotzdem die Rechtsbeständigkeit der Schenkung nach der *lex*

Cincia für zweifellos erklärt, so thut er dies deshalb, weil ihm die *mancipatio fiduciae causa* inhaltlich gar nicht mehr als Eigenthumsübertragung, sondern nur als *obligatio fiduciae* erscheint. Es ist das genau dieselbe Anschauung, die Paulus (R. S. III 6 § 16) vertritt, in der Fiduciirung liege keine, das gegebene Legat aufhebende Veräusserung der vermachten Sache. Freilich ist damit noch nicht gesagt, dass Paulus auch in formaler Beziehung so weit gegangen ist, wie Scävola nach der obigen Annahme gegangen sein würde, dass er bei einem *do lego legatum* trotz der inzwischen eingetretenen Mancipation an den Gläubiger *fiduciae causa* dem Vermächtnissnehmer die *rei vindicatio* auf den Gegenstand der Zuwendung zu geben bereit war. Und so mag man billigerweise Bedenken tragen, bei Scävola eine Mancipation an den Gläubiger vorauszusetzen, wenn noch irgend eine Möglichkeit übrig bleibt, die Stelle bei Annahme einer blossen *pignoris obligatio* zu erklären. Dies ist aber, wie ich meine, in der That der Fall. —

Versteht man nämlich unter *pignoris obligatio* die Bedeutung, dass das Pfandobject gleich wie ein *pignus* haften solle, also in dem Sinne, wie der Ausdruck „*pigneri sunt*“ in den bekannten Catonischen Pachtformularen sich findet, wie man wohl von einer „Besitz-Verpfändung“ neuerdings (Bachofen, Pfandrecht Bd. I p. 8 ff.) gesprochen hat, so ist es allerdings möglich, den Zweifel an der Gültigkeit der nachfolgenden Schenkung zu begreifen, auch ohne die Supposition einer *mancipatio fiduciae* zu machen.

In einer Reihe von Stellen treten nämlich Spuren der Anschauung hervor, als sei der Gläubiger der Herr der ihm als *pignus* verhafteten Sache. Längst bemerkt ist dies in Betreff der

L. 9 § 2 D. de pign. act. 13, 7. *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem* (Vlp. lib. 28 ad Ed.).

Durch die Steigerung „*nec possessio*“ wird erkenntlich angedeutet, dass das, *quod transit*, doch eben etwas mehr ist als bloss die *possessio*, wie sich denn ja auch *quod* grammatisch auf *pignus* bezieht, dies selbst also als das auf den Gläubiger Uebergehende bezeichnet wird. Schon Puchta (Inst. § 246 g.)

glaubte deshalb an eine Umgestaltung des Fragments durch die Compileren. Ulpian habe *fiducia*, *pignus* und Hypothek in Vergleich gestellt und von letzterer gesagt, dass weder Eigenthum noch Besitz durch sie auf den Gläubiger übertragen werde. Es wäre immerhin auffallend, wenn die Compileren das von Ulpian klar angegebene Kriterium des *pignus*, die Besitzeinräumung an den Creditor, unrichtig durch „*quod ad creditorem transit*“ wiedergegeben haben sollten, sahen doch selbst die Byzantiner (Basil. XXV 1, 9) sich hier zu correcterem Ausdrucke veranlasst. Dazu kommt, dass nach Lenels Untersuchungen (s. diese Zeitschr. Bd. III p. 105. 106) Ulpian erst im 30. Buche seines Edictscommentars auf die *fiducia ex professo* zu sprechen kommt, wenngleich eine gelegentliche Erwähnung derselben, wie sie auch Lenel an dieser Stelle voraussetzt, keineswegs zu den Unmöglichkeiten gehört. Wie dem aber auch sein mag, es ist wenig wahrscheinlich, dass die Compileren jenen Relativsatz „*quod ad creditorem transit*“ mit *pignus* verbunden haben sollten, wenn sie ihn nicht schon bei Ulpian in diesem Zusammenhange gefunden hätten.

Hierher gehört ferner

L. 12 pr. D. de distr. pign. 20, 5. Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore *pignus* emere posse, quia in dominio manet debitoris (Tryph. Lib. VIII Disp.).

Wie war es möglich, so muss man doch fragen, dass es erst eines besonderen kaiserlichen Rescriptes bedurfte, dass man die Autorität Papinians für dasselbe geltend machen zu müssen glaubte, bloss um die Zulässigkeit eines Verkaufes der Pfandsache an den Gläubiger von Seiten des Schuldners plausibel zu machen. Wenn Bachofen (Pfandrecht p. 169) dies dadurch erklären will, dass die Unfähigkeit des Gläubigers, die Pfandsache im Pfandverkaufe selbst zu erstehen, ihn dem Eigenthümer an die Seite stelle, dass er gleich diesem das Eigenthum überträgt, auch für die Eviction haftbar sein kann, so hat alles das seinen Grund doch nur darin, dass er der Verkäufer ist, also nicht zugleich Käufer sein kann, dass er das Recht zum Verkaufe hat und deshalb auch das Eigenthum zu übertragen im Stande ist. Wie darf man nun aus

diesen Erscheinungen bei dem Pfandverkaufe Schlüsse ziehen auf einen Kauf, der eben kein Pfandkauf ist; wie kann man eine Widerlegung des Gegners in dem beigefügten Grunde erblicken, quia in dominio manet debitoris, wenn der Gegner dies gar nicht leugnet, sondern seine Argumente aus dem Pfandrechte des Gläubigers entlehnt. Man kann kaum umhin, den Gegnern, wider die jenes Rescript sich wendet, und auf die auch das recte in § 9 der Vaticanischen Fragmente abzielt, den Gedanken unterzuschieben, der Pfandgläubiger sei gewissermassen der Herr der Sache. Eine ähnliche Anschauung tritt auch hervor in

L. 101 pr. D. de leg. III, 32. Qui habebat in provincia, ex qua oriundus erat, propria praedia et alia pignori sibi data ob debita, codicillis ita scripsit: *τῇ γλυκυτάτῃ μου πατρίδι βούλομαι εἰς τὰ μέρη αὐτῆς δοθῆναι — χωρία πάντα, ὅσα ἐν Συρίᾳ κέκτημαι* — quaesitum est, an etiam praedia, quae pignori habuit testator, patriae suae reliquisse videatur. respondit secundum ea quae proponerentur non videri relicta, si modo in proprium patrimonium (quod fere cessante debitore fit) non sint redacta (Scaev. Lib. XVI Dig.).

Wieder tritt bei dem Fragsteller die Geneigtheit zu Tage, die zu Pfand gegebenen Sachen — und von fiducia kann bei den in Betracht kommenden Provincialgrundstücken ja keine Rede sein — den im Eigenthume des Testators stehenden in Hinsicht der letztwilligen Verfügung analog zu behandeln, und ebenso die Abweisung dieser Anschauung durch den Juristen. Allerdings wird gelegentlich auch in L. 73 pr. D. cod. bemerkt, dass das Vermächtniss „seiner Sklaven“ nur auf die im Eigenthum, nicht auf die bloss im Niessbrauch des Erblassers befindlichen gedeutet werden dürfe, und so möchte man meinen, als liege der Grund, der jene Fragenden zu ihrem Zweifel veranlasst, nicht sowohl in der besonderen Natur des pignus, als in der Neigung, die Vermächtnissanordnung auf alle Objecte zu erstrecken, an denen dem Testator die Detention auf Grund eines dinglichen Rechtes zusteht. Damit, glaube ich, würde aber doch der Sinn der L. 73 pr. D. cit. nicht getroffen sein. Es handelt sich da um die Interpretation des Ausdrucks *suus*; soll man diesen im streng

juristischen Sinne — und so vielleicht sogar im streng civilen — verstehen oder darf man ihn in einer etwas laxeren Bedeutung nehmen? Natürlich, es kommt dabei in erster Linie darauf an, was der Testator mit dem Worte sagen wollte, so dass etwa auch die bona fide besessenen Sklaven darunter fallen können (L. 73 § 1 D. cit.); die Präsumtion aber spricht nach Ulpian für die ihm eigenthümlich gehörigen. Nur bei Sachen, die, wie Silbergeschirr, im unmittelbaren Hand- und Mundgebrauch des Hausherrn stehen, nimmt Papinian in L. 9 § 2 D. de supellect. leg. 33, 10 keinen Anstand, „suus“ auch auf bloss verpfändete Gegenstände zu erstrecken, sofern der Verstorbene sich ihrer nur zu seiner persönlichen Benutzung bedienen durfte und bedient hatte. Es begreift sich hiernach, dass selbst bei Sklaven, an denen dem letzteren der Niessbrauch eingeräumt gewesen war, die Frage aufgeworfen werden konnte, ob der Ausdruck „suus“ nicht gleichfalls auf sie zu beziehen sei. Wenn nun aber selbst da, wo die Interpretation eines derartigen, mehrdeutigen Wortes gar nicht in Rede steht, wie in L. 101 pr. D. cit. und namentlich in L. 12 pr. D. cit. ein unverkennbarer Zug dahin wahrnehmbar wird, die pignora nach Analogie des Eigenthums zu behandeln, so kann dies eben nur auf einer abweichenden, die juristische Natur des pignus berührenden Auffassung beruhen. Und, dürfen wir weiter sagen, wenn diese von der Jurisprudenz consequent überall als unzutreffend zurückgewiesen wird, so liegt die Vermuthung nahe, man habe es hier mit den Nachwirkungen einer älteren, später überwundenen Anschauung zu thun. —

In der That kann nun das pignus nicht von Anfang an den juristischen Charakter gehabt haben, unter dem es in der classischen Periode des römischen Rechts auftritt. Bekanntlich begegnet es uns bereits in dem latinischen Bündnisse vom J. d. St. 261 „si quid pignoris nancitor, sibi habeto“. Es ist kaum möglich, für diese frühe Zeit, wo von einer selbständigen Ausbildung des Besitzbegriffes noch keine Rede war, das Recht des Pfandinhabers als blosses Besitzrecht anzusehen und zu construiren; es musste nothwendig ein die Sache materiell, nicht bloss formell, wie der Besitz, erfassendes sein. Dazu allein passt auch der Ausdruck habeto, der

noch in den zwölf Tafeln (*agnatus proximus familiam habeto*) das Zueigenhaben bezeichnet. Selbst wenn man geneigt ist, das vertragsmässige *pignus* als eine Nachbildung des durch *pignoris capio* entstehenden zu betrachten, so folgt daraus noch keineswegs, dass dem Gläubiger lediglich der Besitz daran zugestanden habe. Wir wissen darüber kaum mehr, als uns Gaius (IV, 32) berichtet, wonach derjenige, gegen den eine *pignoris capio* vollstreckt war, die Befugniss hatte, die abgepfändeten Objecte auszulösen. Diese Berechtigung greift aber nicht minder gegenüber der *fiducia* als gegenüber dem *pignus* Platz (vgl. Paul. Sent. II, 13 § 4), verträgt sich also sogar mit dem Eigenthume bei dem Gläubiger und um so viel mehr mit einem formloseren Herrschaftsverhältniss, wie wir es etwa bei dem *pignus* voraussetzen dürfen. Hier fand keine Mancipation zu Eigenthum, sondern nur eine naturale Hingabe des Pfandobjects statt. Ein eigentliches Pfandrecht konnte durch dieselbe allerdings nicht entstehen, denn diesen Begriff als den eines *ius in re aliena* kannte man damals noch gar nicht. Ebensowenig ist nach dem oben Gesagten an eine einfache Besitzeinräumung zu denken; man gab doch die Sache, nicht den Besitz daran zu Pfand. Es bleibt also nur eine naturale Herrschaft übrig, die wenn sie gleich nicht als wahres Eigenthum angesehen werden mochte, demselben doch einigermaßen verwandt erschien. Erst nachträglich wurde dann durch die Jurisprudenz der bis dahin bestandene Parallelismus zwischen *fiducia* und *pignus* gestört, letzteres in der Erkenntniss, dass es an einer *iusta causa dominii transferendi* fehle, auf die Bestellung eines *ius in re aliena*, eben des inzwischen entwickelten Pfandrechts, reducirt, und die Tradition als blosse Besitzüberlassung aufgefasst, die zur Pfandbestellung hinzukomme. Gerade hierin blieb aber doch eine Nachwirkung des früheren Wesens des *pignus* zurück. Dass der Pfandgläubiger juristischer Besitzer der Pfandsache ist, erscheint von dem Standpunkte der späteren Doctrin aus als eine schwer verständliche Anomalie, ist aber die einfache Consequenz der von uns vermutheten älteren Gestalt des *pignus*, bei welcher die Sache auf formlose Weise, ähnlich wie die *fiducia* durch Formalvertrag an den Gläubiger überlassen und dem Schuldner nur ein Einlösungsrecht vorbehalten wird.

Mit unserer Annahme stimmt es nun sehr gut, dass das Pfandverhältniss an einem Forderungsrecht als *pignus nominis* technisch bezeichnet wird. Die Verpfändung ist hier formlose Ueberlassung der Forderung zu Pfandzwecken, eine Cession. Geht man dagegen von dem Besitze als wesentlichem Bestandtheile des *pignus* aus, so begreift sich schlecht, wie das *pignus nominis*, das ja mit Besitz absolut nichts zu thun hat, zu seinem Namen kommt.

Ich gebe ganz anheim, wie weit man diesen Argumenten beweisende Kraft zugestehen will. Ich selbst erblicke darin nur eine an sich nicht ganz unwahrscheinliche Hypothese. Stimmt man derselben zu, so könnte man allenfalls der Deutung der Pfandbestellung auf ein Fiduciargeschäft entrathen, obgleich immer noch verschiedene Bedenken zurückbleiben würden. Einmal fehlt dann dem *intra dies triginta* jede ersichtliche Beziehung, es wird zu einem ziemlich überflüssigen Stücke des Thatbestandes; dann ist es nicht allein die materielle, an den Eigenthumserwerb anklingende Natur der Herrschaft des Gläubigers über das *pignus*, was Zweifel gegen die Rechtsbeständigkeit der Schenkung erregen muss, sondern in noch viel höherem Masse gilt das von der dem letzteren eingeräumten Berechtigung, sich eventuell eigenmächtig in den Besitz des Grundstücks setzen zu dürfen. Ist das noch verträglich mit dem Erfordernisse für die Gültigkeit der Schenkung, es müsse der Beschenkte „*in vacuam possessionem*“ (fr. Vat. § 293. 314. 316) des geschenkten Grundstücks gelangt sein? Ueber diesen Punkt enthält nun unser Fragment kein Wort, und es müsste dies um so auffallender sein, als dies gerade das Moment ist, bezüglich dessen auch zu Scävolas Zeiten noch praktische Bedenken nicht ohne Schein geltend gemacht werden konnten.

2. L. 21 § 1 D. qui potior. 20, 4. *Negotiatori marmorum creditur sub pignore lapidum, quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant; idem debitor conductor horreorum Caesaris fuit, ob quorum pensiones aliquot annis non solutas procurator exactioni praepositus ad lapidum venditionem officium suum extendit: quaesitum est, an iure pignoris eos creditor*

retinere possit. respondit secundum ea quae proponerentur posse (Scaevola lib. 27 Dig.).

Der Text der Stelle ist hier nach der Mommsenschen Ausgabe wiedergegeben, obschon die Conjectur creditur für das creditor der Florentina kaum das Richtige treffen dürfte, da es Scävolas Gewohnheit nicht entspricht, den Thatbestand des fraglichen Rechtsfalles im Präsens auszudrücken. Indessen kommt darauf für die rechtliche Beurtheilung hier gar nichts an, ob wir die Worte des Juristen in ihrer ursprünglichen Fassung vor uns haben, denn augenscheinlich sind die That-sachen, die derselbe zu Grunde legte, auch bei der Mommsenschen Emendation correct dargelegt. — Gemeiniglich interpretirt man diese Stelle von einer Collision zweier Pfandrechte, dem des Fiscus und dem des Creditor; letzteres gehe vor als Pfandrecht dessen, cuius pecunia salvam fecit totius pignoris causam (L. 5. 6 D. h. t. vgl. statt vieler Sintenis Pfandrecht p. 624 Anm. 4). Das Pfandrecht des Fiscus fasste man früherhin als das wegen seiner Contractsforderungen ihm zustehende Generalpfand auf; neuerdings, wo sich die Meinung mehr Bahn gebrochen hat, dass zu Scävolas Zeit ein solches allgemeines Pfandrecht des Fiscus noch gar nicht bestand (vgl. z. B. v. Vangerow Pand. I p. 877 i. f.), musste man suchen, das Pfandrecht des Fiscus anders zu begründen. So will Bachofen Pfandrecht I p. 254 dasselbe als das stillschweigende des Vermiethers an den Invecten und Illaten des Miethsmannes deuten. Dies ist meiner Meinung nach kaum möglich; der Gläubiger hat die Steine in Händen, es wird gefragt, an iure pignoris eos retinere possit, auch ist von der Illation in die kaiserlichen Speicher mit keinem Worte die Rede; dieser Umstand durfte nicht mit Stillschweigen übergangen werden, wenn eben daraus allein das Recht des Fiscus sich ergab, welches mit dem des Gläubigers in Conflict kam. — Ist es denn aber überhaupt nöthig, hier an zwei verschiedene Pfandrechte zu denken? Scävola spricht doch nur von einem ausdrücklich und setzt genau genommen das Pfandrecht irgend einem anderen Rechte in der Frage „an iure pignoris retinere possit“ entgegen. Denn nicht auf sein besseres Pfandrecht oder sein Pfandrecht im Gegensatz zu einem anderen, sondern schlechtweg auf sein Pfandrecht be-

ruft sich der Gläubiger. In der That, glaube ich, handelt es sich hier für Scävola um den Vorzug des Pfandrechts gegenüber dem *privilegium exigendi* des Fiscus.

Aus dem Edicte des Tiberius Julius Alexander (vgl. Bruns, *Fontes* ed. 5 p. 219. 220) wissen wir, wie eben dieses Recht (*πρωτοπραξία*) zur Aufhebung von Verpfändungen, Veräusserungen und Zahlungen führen konnte, welche der fiscalische Schuldner aus seinem Vermögen bewirkt hatte. Allerdings ist dabei von einer missbräuchlichen Anwendung des Privilegiums die Rede. Allein der Missbrauch bestand, wie die zur Sicherung der Provincialen neu getroffene Anordnung zeigt, nicht darin, dass man überhaupt die Gültigkeit solcher Geschäfte auf Grund des Privilegiums anfocht, sondern darin, dass dies in einem ungerechtfertigten Umfange geschah. In Zukunft soll das Angreifen von Pfändern, die Dritten bestellt sind, die Revocation von Zahlungen u. s. w. nur dann zulässig sein, wenn von Seiten der Schatzbeamten gewisse Sicherungsmassregeln wider das Vermögen des Schuldners getroffen sind, oder durch öffentlichen Anschlag vor der Eingehung von Geschäften mit ihm gewarnt ist. Es ist hiernach nicht schwer, den eigentlichen Rechtsgrund eines derartigen Uebergreifens in das Vermögen Dritter zu erkennen. Es erscheint als in *fraudem fisci* gehandelt, wenn trotzdem durch Veräusserung oder Constituirung dinglicher Rechte an Sachen des Schuldners zu Gunsten Dritter diese der *exactio* seitens des Fiscus entzogen werden, oder wenn man den privaten Gläubiger durch Zahlung befriedigt, während er doch erst nach dem Fiscus auf Befriedigung Anspruch hat und damit den letzteren benachtheiligt. Weil derart in *fraudem fisci* vorgenommen, sind alle dergleichen Machenschaften durch diesen anfechtbar. So sagt noch Papinian ganz entsprechend den Vorschriften des gedachten Edicts in L. 18 § 10 D. de iur. fisci 49, 14: „ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui, cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem, aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam“. Erst Marcian geht darüber noch hinaus und giebt auch ohne *mala fides* des Empfängers dem Fiscus das Rückforderungsrecht. Von dem pfandrechtlichen Gesichtspunkte aus wäre die von Papinian gemachte

Voraussetzung des Wissens um das Schuldverhältniss des Zahlenden zum Fiscus völlig unhaltbar, und andererseits die Inanspruchnahme des bereits verbrauchten Geldes von dem, der bloss *suum recepit* (L. 5 C. de privil. fisc. VII, 73), nicht zu verstehen. Zu allem Ueberfluss wird dieser Rückgriff auf den Gläubiger des Fiscalschuldners als *extraordinarium ius* (L. 5 C. cit.), als besonderes Fiscalrecht (L. 21 D. de iur. fisc. 49, 14: „*fiscus suo iure usus*“) bezeichnet. Eine Parallelstelle zu dem angeführten Fragmente aus Papinian, nur viel allgemeiner lautend, wenngleich auch zunächst mit besonderer Beziehung, ist: L. 45 pr. D. de iur. fisc. „*In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocunque modo res alienatae revocantur, idemque iuris est, et si non quaeratur; aequae enim in omnibus fraus punitur*“. — Natürlich fällt jeder Verdacht einer *fraus* fort, wo das fragliche Geschäft abgeschlossen war, ehe der Veräussernde Schuldner des Fiscus wurde. L. 1 C. de iur. fisc. X, 1: „*Si prius, quam fisci rationibus pater vester obligaretur, perfectam praediorum donationem fecisse fuerit probatus, quod citra fraudem creditorum gestum est, non rescinditur*“. cf. L. 2 C. de privil. fisc. VII, 73. Bachofen, Pfandrecht I p. 249 a. Anf. Ebensowenig ist eine betrügliche Veräusserung da anzunehmen, wo die Verpflichtung dazu gleich bei dem Erwerbe des Objectes dem fiscalischen Schuldner auferlegt war. L. 45 § 3 D. de iur. fisc.: „*A debitore fisci in fraudem datas libertates retrahi placuit. sane ipsum ita ab alio emere mancipium, ut manumittat, non est prohibitum; ergo tunc et libertatem praestare possit*“ cf. § 19 fr. de iur. fisc.

Mit dieser Entscheidung steht nun das *Responsum* des Scävola in unserem Fragmente im engsten Zusammenhange. Auch hier erfolgte der Erwerb der Steine nothwendiger Weise mit der pfandrechtlichen Belastung oder er hätte ganz unterbleiben müssen. Man kann also unmöglich in der Constituirung des Pfandrechts für den Gläubiger eine *fraus* gegen den Fiscus erblicken. Deshalb darf die Verpfändung nicht von dem Fiscus angefochten werden, und da jenes seiner Natur nach stärker wirkt als das *privilegium exigendi*, deshalb „*creditor iure pignoris lapides retinere potest*“. Selbstverständlich, dass für das Justinianische Recht diese Auslegung nicht mehr zutrifft, in dessen Sinne vielmehr das fiscalische Pfandrecht

mit dem des Gläubigers, cuius pecunia pignoris causam salvam fecit, in Conflict geräth, und letzteres als das vorzüglichere anerkannt wird. Ein ähnliches Verhältniss waltet übrigens noch bezüglich mancher anderen Stelle der Compilation ob.

3. L. 61 § 1 D. de O. et A. 44, 7. „Seia, cum salarium constituere vellet, ita epistulam emisit: „Lucio Titio salutem. Si in eodem animo et eadem affectione circa me es, quo semper fuisti, ex continenti acceptis litteris meis distracta re tua veni hoc. tibi quamdiu vivam praestabo annuos decem. scio enim, quia valde me bene ames“. quaero, cum et rem suam distraxerit Lucius Titius et ad eam profectus sit et ex eo cum ea sit, an ei ex his epistulis salarium annum debeat. respondit ex personis causisque eum cuius notio sit aestimaturum, an actio danda sit“. (Scaevol. lib. 28 Dig.)

Was zunächst den vorliegenden Text anlangt, so dürfte eine kleine Aenderung in der Schlussformel des mitgetheilten Briefes sich empfehlen, die übrigens juristisch ganz gleichgültig ist; man wird „scio enim, quam valde“ an Stelle des handschriftlichen „scio enim, quia valde“ lesen müssen. Diese dem Griechischen nachgebildete Ausdrucksweise, die sich später vielfach findet, entspricht doch weder dem Stile des Scävola, noch ist sie dem Zeitalter desselben geläufig; auch stimmt der Coniunctiv viel besser zu quam als zu quia. Es handelt sich hier um eine vom späteren Abschreiber verlesene Sigle, die für beide Worte überaus ähnlich, mitunter sogar völlig gleich gestaltet war. Man berufe sich dem gegenüber nicht etwa auf einen möglichen, incorrecten Ausdruck der Schreiberin des Briefes, denn den würde Scävola, da er für die Beurtheilung des Falles absolut gleichgültig ist, ohne alles Bedenken, ich möchte fast sagen, ohne es selbst zu merken, stillschweigend verbessert haben. (Vgl. bezüglich des Sprachgebrauches des Scävola in Betreff des scire L. 88 § 16 D. de leg. II, 31. L. 39 pr. L. 41 § 14 D. de leg. III, 32. L. 19 § 1 D. de ann. leg. 33, 1. L. 78 § 8 D. ad Sc. Treb. 36, 1. L. 14 D. pro emt. 41, 4.)

Der dem Juristen in unserer Stelle vorgelegte Rechtsfall ist einem anderen nicht unähnlich, den Papinian in seinen

Responsen mittheilt. L. 26 § 3 D. de pact. dot. 23, 4. Eine Ehefrau hat, wie es scheint, bei Gelegenheit ihres Dotalvertrages (s. auch Czychlarz, Dotalrecht p. 429 Anm. 2) mit ihrem Manne die Verabredung getroffen, dass sie ihre Reisen auf seine Kosten machen solle. Als sie nun auf briefliche Aufforderung des Ehemannes ihm in die Provinz, wo er diente, nachgefolgt ist, aber der verheissene Kostenersatz ihr vorenthalten wird, gewährt ihr Papinian, licet directa actio nulla competit, doch eine utilis in factum. Es ist bekanntlich sehr bestritten, was man unter dieser utilis in factum actio zu verstehen habe, ob eine auf den besonderen Fall zurechtgemachte Mandatsklage (so Mühlenbruch, Cession p. 161 Anm. 319) oder eine actio praescriptis verbis (so Cyrillus s. Heimbr. Basil. Tom. III p. 473 Not. 6, freilich nicht, ohne bei anderen Byzantinern Widerspruch zu finden; vgl. noch Windscheid, Actio p. 129, Bethmann-Hollweg, Civilprocess Bd. II p. 322 Anm. 82). Wir können diese Controverse auf sich beruhen lassen, da Scävola die Art der von ihm in Aussicht genommenen Klage gar nicht näher bezeichnet, für ihn die ganze Frage darin besteht, ob überhaupt eine Klage gegeben werden solle oder nicht. — Wie erklärt es sich nun, dass Scävola zweifelnd fragt, während Papinian ohne Anstand eine Klage gewährt. Ich glaube nicht dadurch, dass letzterer als der jüngere eine bereits fester eingewurzelte Ansicht vorfand, welche zu jenes Zeiten erst im Entstehen begriffen war, sondern vielmehr durch die Verschiedenheit des Thatbestandes in beiden Fällen. In dem dem Papinian vorgelegten Streitfall konnte man schon aus der Form der Vereinbarung unter den Parteien ohne alle Unsicherheit entnehmen, dass dieselben eine rechtliche Ordnung des in Rede stehenden Verhältnisses beabsichtigt hatten; sie hatten dieselbe dem unter ihnen geschlossenen Dotalvertrage einverleibt oder doch in irgend eine directe Beziehung zu demselben gebracht, wie dies die Umgebung des § 3 cit. deutlich genug zeigt. Dem Scävola liegt ein einfacher Brief vor. Sollte dadurch überall eine juristische Verpflichtung begründet werden? Handelt es sich um eine bedingungsweise zugesicherte Schenkung, also ein formloses Schenkungsversprechen? Ist die Leistung des Jahrgehaltes als Gegenleistung für das Kommen des Lucius Titius gedacht?

Genug eine Menge von Möglichkeiten, der schon gestreiften Frage, ob das Ganze als Mandat aufzufassen sei, gar nicht zu gedenken, zwischen denen die thatsächlich begründete Auffassung herauszufinden, nur der Richter nach specieller Betrachtung der unterliegenden persönlichen und sachlichen Verhältnisse im Stande ist. Daher *ex personis causisque eum cuius notio est aestimaturum*.

Allein, ist damit nicht eigentlich jedes *Responsum* abgelehnt? Das wird der Richter entscheiden, heisst denn doch, dass der Jurist eben nicht entscheide. Ja, wo noch die näheren Gesichtspunkte angegeben werden, nach denen sich jener bei seinem Urtheil soll leiten lassen, kann man der Antwort des Rechtsgelehrten wohl noch den Charakter eines *Responsum* zuerkennen, indem hier ähnlich wie in der Formel des Magistrats dem *Judex* eine bindende Instruction ertheilt wird. Aber „*ex personis causisque*“ lautet doch allzu unbestimmt, um noch als autoritatives *Responsum* zu gelten, und solche allein konnten doch füglich den Parteien zugestellt und in eine *Responsensammlung*, wie *Scävolas Digesten* es waren, aufgenommen werden. Es bleibt darnach kaum etwas anderes übrig, als die Erklärung, dass hier eine Klage möglich sei, für den wesentlichen Inhalt des Gutachtens zu halten, dasselbe also in Gegensatz zu einer irgendwie laut gewordenen Auffassung, nach der von vornherein jeder Anspruch auf das verheissene Jahrgeld abzulehnen wäre, oder allenfalls auch umgekehrt, durch den beigebrachten Brief als bereits vollkommen dargethan angesehen werden müsste, gestellt zu denken. Damit erhielte dann auch das *ex personis causisque* eine etwas concretere Färbung; der Richter hat auf die begleitenden Nebenumstände seine Aufmerksamkeit zu richten. —

Vergleichen wir mit dieser Stelle eine andere des etwas älteren *Marcellus*:

L. 69 § 1 D. de leg. III, 32. „*Titius codicillis suis ita cavit: Publio Maevio omnes iuvenes, quos in ministerio habeo, dari volo: quaero, a qua aetate iuvenes et in quam intellegi debeant. Marcellus respondit, quos verbis quae proponerentur demonstrare voluerit testator, ad notionem eius, qui de ea re cogniturus esset, pertinere: non enim in causa testamentorum ad definitio-*

nem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur. Ceterum existimari posset iuvenis is, qui adulescentis excessit aetatem, quoad incipiat inter seniores numerari.“ (Marcell. lib. sing. resp.)

Es ist auffallend, mit welcher Zurückhaltung der Jurist sich hier äussert, um nicht der auf das Thatsächliche zu richtenden Untersuchung des Urtheilsfinders irgendwie vorzugreifen. Sehr viel zwangloser tritt in dieser Hinsicht Scävola auf, der sich sogar nicht scheut, direct den Inhalt dessen anzugeben, was vom Richter durch seine aestimatio festzustellen sei. So in L. 14 i. f. D. de dote leg. 33, 4: „eum, cuius notio est, aestimaturum, ut eadem quantitas ex communi praecipua minori filiae dotis nomine detur“. L. 16 § 1 D. de alim. leg. 34, 1: „aestimaturum, ut, si quidem viva ea et ei praestabat, nihilominus ad fideicommissum admitteretur, aliter vero non“. L. 31 pr. D. de lib. leg. 34, 3: „ita ab iudice aestimandum, ut inspiceret etc.“ Es handelt sich hier ja, namentlich in der letzten Stelle, mehr um eine Differenz in der Form als in der Sache selbst zwischen dem, was Marcellus, und dem, was Scävola thut, aber die veränderte Form lässt doch erkennen, dass zu des letzteren Zeiten die Stellung des respondirenden Juristen gegenüber dem in der Sache entscheidenden Richter eine massgebendere und selbstbewusstere geworden ist. Dagegen lehnt Scävola jedes Gutachten ab in

L. 60 D. de manum. test. 40, 4: „Testamento ita cavit: *Εὐδονι βούλωμαι δοθῆναι νομίσματα χίλια, ἐπεὶ ἔφθασεν γεννηθῆναι μετὰ τὸ τὴν μητέρα αὐτοῦ γενέσθαι ἐλευθέραν*: quaero, an, si Eudo non probet se post manumissionem matris suae natus, possit his verbis testamenti libertatem consequi. respondit non oportere eiusmodi consultationem praeiudicium parare“. (Scaev. Lib. 24 Dig.)

und dennoch ist dies eine Antwort, die vollständig den Charakter eines richtigen Responsum aufweist. Eudo hatte auf das ihm hinterlassene Fideicommiss geklagt und hatte die dafür im Testamente angeführte Voraussetzung nicht beweisen können. Er will dieselbe nunmehr dadurch ersetzen, dass er behauptet, eventuell liege in den mitgetheilten Testaments-

worten seine Freilassung. Diese Aenderung des Klagefundamentes erklärt Scävola für unzulässig, jede Untersuchung über die Frage nach der Freilassung in diesem Processe für ausgeschlossen, damit nicht durch eine quaestio pecuniaria ein Vorentscheid für die quaestio libertatis entstehe. (Vgl. L. 4 § 1 D. ne de stat. def. 40, 15. L. 2 C. de ord. cogn. VII, 19.) Hierin ist nun eine in bindender Form dem Richter der Fideicommisssache gegebene Anweisung, die Frage nach der Freilassung seiner Cognition nicht zu unterziehen, zweifellos enthalten, und somit ist hier die Weigerung, ein Gutachten zu erstatten, doch ein wahres Responsum für den Gebrauch im schwebenden Verfahren. —

Einer eingehenderen Erörterung bedarf in diesem Zusammenhange schliesslich noch

L. 15 § 1 D. de alim. leg. 34, 1: „Testator concubinae mancipia rustica numero octo legavit et his cibaria praestari iussit in haec verba: eisque mancipiis, quae supra legavi, cibarii nomine ab heredibus meis praestari volo, quae me vivo accipiebant. quaesitum est, cum vivo testatore semper mancipia rustica tempore messium et arearum delegata fuerint et eo tempore cibaria ex ratione domini sui nunquam acceperint excepto custode praedii, an heres eius quoque temporis, id est messis et arearum, et cibaria concubinae pro mancipiis rusticis praestare deberet. respondit eum, cuius notio est, aestimaturum. Claudius: merito: nam si eodem modo, quo apud testatorem fuerunt, et apud concubinam futura legavit, non debebantur eius temporis, de quo quaesitum est, cibaria: verum si velut in ministerium urbanum ab his transferentur, debebuntur. (Scaev. lib. 17 Dig.)

Wir treffen hier eine ganz unbestimmte Verweisung auf die zu erwartende richterliche Würdigung des Falles an, die man kaum anders denn als eine Ablehnung des eigenen Gutachtens durch den Juristen aufzufassen geneigt sein wird. Nur wunderbar, Claudius Tryphoninus würde dann in einem Athem diese Ablehnung für gerechtfertigt erklären und nichtsdestoweniger sofort das hinzufügen, was wir nach Lage der Sache und nach Scävolas Gewohnheit in dessen Responsum vermissen,

die näheren Gesichtspunkte, von denen bei der richterlichen aestimatio auszugehen ist, also loben und besser machen in ein und derselben Note. So habe ich denn an einer anderen Stelle (Bd. VIII dieser Zeitschrift p. 166) bereits die Ansicht ausgesprochen, Scävola habe in seiner Antwort ausdrücken wollen, der Richter werde in dem Sinne, in welchem die Anfrage gestellt sei, entscheiden, und habe mich für diese meine Ansicht auf den Inhalt der Bemerkung des Claudius und zunächst auf das Wort „merito“ berufen. Meine Auffassung hat entschiedenen Widerspruch gefunden; iudicem oder eum, cuius notio est, aestimaturum, heisse nichts anderes, als dass sich darüber keine Entscheidung geben lasse, und dies werde von Claudius durch den Hinweis auf allerlei Möglichkeiten bestätigt und begründet. Ich muss deshalb auf eine ins Einzelne gehende Interpretation des Fragmentes zurückkommen.

Zuvörderst dürfte das wohl allseitig eingeräumt werden, dass die gesamte Darstellung des Thatbestandes, wie sie ja bei Scävola regelmässig auf eine bestimmte Beantwortung der aufgeworfenen Frage zugespitzt wird, auf eine Verneinung des Anspruchs auf Kost für die Sklaven hinleitet. Niemand, glaube ich, würde Anstoss daran nehmen, wenn das Responsum des Juristen dahin gelautet hätte: „secundum ea, quae proponerentur, eius temporis cibaria non deberi“. Es will der Fassung des Falles gegenüber, wie Scävola sie giebt, gar nicht recht motivirt erscheinen, dass er die Entscheidung lediglich dem Richter zuschiebt. Eben deshalb, könnte man aber einwenden, sah sich Claudius Tryphoninus gerade zu seiner erläuternden Bemerkung veranlasst. Was sagt derselbe nun aber eigentlich? Sehen wir uns die Worte doch nur genau an. Nach dem dem Scävola beistimmenden merito folgt eine Aeusserung über die mögliche Gestaltung des Thatbestandes, wobei zweierlei unterschieden wird. Das eine gehört der Vergangenheit an und wird in dem Temporibus der Vergangenheit ausgesprochen: quaesitum est — non debebantur; debebuntur ist lediglich eine Verschlimmbesserung des Textes von Leuten, die sich den Zusammenhang der Stelle nicht klar gemacht haben, und am allerwenigsten ist man berechtigt, die Stelle einfach mit dieser Pseudoemendation abzudrucken, als ob das der richtige florentinische Text sei. Das ist eben der Fall,

der dem Scävola zur Begutachtung vorlag, und den Claudius, wie er das auch nicht gut anders konnte, als der Vergangenheit angehörig bezeichnet; dann geht er zu dem Futurum transferentur über, damit kann unmöglich ein factum des schon abgeschlossen vorliegenden Streitfalles bezeichnet werden. Ganz entsprechend heisst es dann weiter debebuntur. Gefragt war doch nach den bereits geschuldeten Geldern oder Naturalien für die Kost der Sklaven; eine Anerkennungsklage im Sinne des heutigen Processes besaßen die Römer doch nicht, wo über das zukünftig etwa zu Fordernde hätte verhandelt werden können. Also Tryphoninus fügt in dem zweiten Theile seiner Anmerkung eine später möglicher Weise eintretende Aenderung des bestehenden Sachverhältnisses hinzu, die dann eine abweichende Entscheidung bedingen würde, während er im Anfang dem Votum des Scävola beitrifft und die fragliche Schuld verneint (non debebantur). Damit stimmt es vollständig, dass die Sklaven am Schlusse der Anfrage nochmals ausdrücklich als *mancipia rustica* in Bezug genommen werden, während sie nach ihrer Ueberführung in den städtischen Dienst jenen Namen nicht mehr mit Recht tragen, sondern als *mancipia urbana* anzusehen sein würden. Nach alledem, insbesondere nach dem merito der Note, muss also auch Scävola sich gegen die Verpflichtung des Erben zur Leistung der cibaria ausgesprochen haben. Ob dies nun in der nackten Erklärung „*eum, cuius notio est, aestimaturum*“ habe gesagt sein sollen und können, oder ob etwa ein Wort ausgefallen ist, etwa ein *ita* nach respondit, das lasse ich dahingestellt.

4. L. 122 § 1 D. de V. O. (Scaev. lib. 28 Dig.)

Es ist dies das bekannte Fragment über das Schiffsdarlehn des Callimachus. Ich setze den Wortlaut der ziemlich umfangreichen Stelle nicht her, da dieselbe an einer doppelten Verderbniss leidet, deren nähere Darlegung und Besprechung die Aufgabe dieser Zeilen sein soll. Es ist ausser aller Frage, dass sowohl in Zeile 21 der Mommsenschen grossen Digestenausgabe (p. 670), als in Zeile 28 ebd. der in der Florentiner Handschrift überlieferte Text, „*et in navem mercis ipse in Syriam per navigium proficiscatur*“ und „*cum secundum cautionem Callimachus merces debito perferendas in nave mansisset eo tempore*“ Entstellungen erfahren hat, die ihn absolut

unverständlich machen. Man muss, auch darüber kann keine ernstliche Meinungsverschiedenheit bestehen, aus den intact gebliebenen Theilen des Fragmentes den Sinn — der Wortlaut wird sich doch nicht auch nur annähernd errathen lassen — des ursprünglich Vorhandenen zu erkennen versuchen. Dabei gehen wir aus von der gewiss richtigen Bemerkung Huschkes in seiner Erörterung unseres Paragraphen im zehnten Bande N. F. der Giessener Zeitschrift, dass der Unterschied der beiden an Scävola gerichteten Fragen darin bestehe, ob die Stipulation unerachtet des Consensus des Eros verfallen sei, oder ob die dem Herrn an sich erwachsene Stipulationsklage durch jenen Consens nicht wenigstens nachträglich, wenn auch nur im Wege der Einrede beseitigt sei. In letzter Beziehung „an actionem domino suo semel acquisitam adimere potuerit“, lautet der Bescheid, „non potuisse, sed fore exceptioni locum, si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddi“. Dieses „in quemvis locum“ zeigt nun deutlich genug, dass von irgend einem anderen Orte ausser Beryt und Brundisium die Rede gewesen sein muss; die wiederholte Berufung auf den Consens des Eros, der nach der Abreise von Brundisium nur ertheilt sein kann, denn vorher, da bis dahin ganz secundum conventionem verfahren ist, hat er überhaupt keinen Sinn, macht es nothwendig, dass dieser Zustimmung ebenfalls irgendwo Erwähnung geschah. Nimmt man ferner hinzu, dass ausdrücklich gesagt ist, „quasi in provinciam Syriam perventurus enavigavit“, so liegt die Ergänzung des unvollständig mitgetheilten Thatbestandes nahe. Callimachus ist zwar rechtzeitig von Brundisium nach Syrien abgesegelt, hat aber unterwegs seinen Cours geändert, noch irgend einen anderen Hafen aufgesucht und ist dort mit Consens des Eros über die bedungene Zeit liegen geblieben. Von der Auseinandersetzung dieses Zwischenfalles ist noch das Wort „mansisset“ in dem Codex stehen geblieben. Zwischen diesem und in nave klappt eine grössere, vermuthlich durch ein ähnlich klingendes Wort, etwa immisisset, veranlasste Lücke. — So allein wird der Gedanke, man könnte vielleicht die Stipulation für nicht verfallen erklären, verständlich. Callimachus hat das, was buchstäblich bedungen war, getreulich erfüllt; konnte ihn nicht von dem, was nur stillschweigend

bei der Abrede vorausgesetzt war, der directen Rückfahrt nach Syrien, die Zustimmung des Eros dispensiren? Es ist doch gar zu unmotivirt, wenn, wie die mitgetheilte Parteiberedung es thut, vorher mit klaren Worten angegeben ist, die Abreise von Brundisium solle vor den Iden des September erfolgen (inde intra Idus Septembres — proficiscatur), nacher zu zweifeln, ob es nicht vielleicht genüge, wenn die Waaren rechtzeitig verladen sind, als ob vernünftiger Weise nicht eben alles darauf ankäme, dass die Abfahrt zur bedungenen Zeit erfolge. Aus diesem Grunde will mir die Huschkesche wie die Momm-sensche (in Anm. 5 zu unserer Stelle a. a. O. p. 670) Zurecht-
legung der Thatsachen und des Textes sehr wenig plausibel erscheinen. Für das sinnlose debito wird nothwendig Berytum zu lesen sein.

Wenn wir hier sonach auf eine Auslassung gestossen sind, so kann bei dem ersten Hinsehen wohl der Gedanke aufsteigen, es möchte umgekehrt die andere fehlerhafte Stelle an einem zu viel leiden. Es würde anscheinend völlig genügen, wenn geschrieben wäre „inde intra idus Septembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emtis in Syriam proficiscatur“. Selbst „per navigium“ hat ein Bedenken gegen sich; proficiscatur heisst in dem Zusammenhange, in welchem es hier steht, „absegeln“; navigium bezeichnet aber in dem ganzen Fragment nicht das Fahrzeug, sondern die Seereise. Durch diese gelangt man nun wohl an sein Ziel, kann man jedoch auch sagen, dass man per navigium aufbreche? Selbst aber, wenn man per navigium als erklärendes Glossem ansehen wollte, würde es älter sein müssen als die dazu gegebene Erklärung „et in nave mercis ipse“, Callimachus selbst solle auf dem mit den Waaren beladenen Schiffe abfahren. Allein es treten doch bald sehr gewichtige Gegen Gründe wider eine solche Annahme mehrfacher Glosseme hervor. Der Satz, mit dem wir es hier zu thun haben, ist ein Theil der durch Stipulation bekräftigten Vereinbarung unter den Parteien; diese musste mit einer gewissen Umständlichkeit alle einzelnen Momente, auf die es ankam, aufzählen. Viel eher konnte man in der vorausgehenden Einleitung des Falles das Verladen der Waaren übergehen als hier, wo es nebenbei noch eine Rückreise, ohne die Waare mitzunehmen, ausschliesst. So wird es

denn wohl bei der Mommsenschen Emendation sein Bewenden behalten müssen „et in navem receptis in Syriam per navigium proficiscatur“, zumal die Florentina nicht in nave mercis, sondern in navem mercis liest. Die Meinung Huschkes (a. a. O. p. 5 Anm. 15), welcher ipse dadurch zu halten sucht, dass er diesem Worte den Sinn unterlegt, Callimachus habe dadurch genöthigt werden sollen, die Führung des Schiffes selbst beizubehalten, sie nicht einem anderen minder zuverlässigen oder erprobten Führer zu überlassen, hat zweierlei gegen sich. Einmal würde das deutlicher ausgedrückt, diese Clausel der Vereinbarung nicht in dies eine Wörtchen hineingepresst sein, dann aber erscheint uns Callimachus gar nicht als Schiffsführer, sondern vielmehr als Supercargo oder auch als Kaufmann, der die Reise auf eigene Rechnung unternimmt und ausführt. Von ihm ist eben gar nicht zu erwarten, dass er einen dritten an seiner Statt substituiren werde. Ebenso ist eine andere Vermuthung zurückzuweisen, die ich selbst einen Augenblick hegte: es sei ipsam in Syriam zu lesen, und damit solle gesagt sein, Callimachus habe seinen Cours direct nach Syrien zu richten. Eine solche Bedeutung dem „ipsam in Syriam“ beizulegen würde aber nur dann sprachlich möglich sein, wenn ausser Beryt und Brundisium noch andere Orte vorher genannt worden wären, und ebenso gilt hier, was bereits gegen Huschke geltend gemacht ist, dass die Parteien sicher diesen Punkt ihres Abkommens deutlicher hervorgehoben, nicht hinter dem persönlichen Pronomen versteckt haben würden. Endlich wäre auch kaum abzusehen, wenn Callimachus die directe Rückkehr nach Beryt ausdrücklich versprochen hätte, und andererseits ein Verweilen an einem dritten Orte nach den in dem Fragmente sonst darauf hinweisenden Spuren anzunehmen ist, woher der Zweifel, ob die Stipulation verfallen sei, kommen sollte. So ist es doch meines Erachtens das richtigste, hier bei der Mommsenschen Restitution dieses Satzes stehen zu bleiben.

IX.

De Iustiniani Institutionum compositione coniectanea

scripsit

E. C. Ferrini, antecessor Mutinensis.

I.

De ultimo libri IIIⁱ titulo.

Quod in praefatione sua Huschkius coniecerat, ultimum scilicet libri IIIⁱ Institutionum iustinianarum titulum eidem auctori tribuendum esse qui duos priores libros composuisset, id Grupius in ea quam de compositione harum Institutionum scripsit commentatione pluribus argumentis ex loquendi usu potissimum haustis confirmare conatus est. Sed cum omnes prorsus rationes ab Huschkio l. l. collatae minimi momenti sint, tum etiam argumenta, quae Grupius attulit, vix mihi sufficere videntur, ut hunc titulum a ceteris eiusdem libri seiungamus et alteri vindicemus auctori. Immo plura, si quid video, eo titulo insunt, quae contra adduci possint.

Et revera verba quae I. IV, 17 pr. legimus „superest ut de officio iudicis dispiciamus“ nullomodo probant id fuisse auctoris consilium, ut eiusmodi materiae tractatione totum librum absolveret. Ea enim est huius *πράξεως* significatio: „iam est ut dispiciamus“ seu „nunc ipse rerum ordo nos admonet, ut tractemus“: nequaquam vero illa „nihil aliud nobis restat, nisi ut dispiciamus“. Quae significatio gaianis exemplis optime demonstratur: cf. e. gr. 4, 114. 138, ita ut nihil haec dictio ab altera „sequitur ut dispiciamus“ [cf. G. 4, 155. I. 4, 13 pr. 15 pr.] distare

videatur. Nonne autem in § 2 I. IV, 12 (sicuti apud Gaium) scriptum est „superest, ut admoneamus“? Quod si dicas hanc dictionem ideo usurpatam esse, quia ut totus de actionibus sermo absolveretur id tantum admonendum erat, eadem ratione dici potest ita in pr. I. IV, 17 scriptum fuisse, quia ad totius privati iuris elementa complenda una de officio iudicis tractatio desiderabatur.

Restat ut grupiana argumenta refellamus. Verbum extendere in priore Institutionum parte docet Grupius iungi praepositioni in modo cum ablativo, modo cum accusativo [pr. I. 1, 22 — § 2 I. 1, 24 — § 6 I. 2, 19], in posteriore parte praepositioni in cum solo ablativo [3, 27, 7]. Legimus autem § 3 I. 4, 18 „lex — — in eos suum vigorem extendit“. Sed cum Grupius ex duobus posterioribus libris unum tantummodo afferat exemplum, quis non videt quam fragili demum fundamento eius nitatur demonstratio! Praesertim cum illud quoque dici possit non eandem esse in § 7 I. 3, 27 atque in § 3 I. huius verbi vim et significationem. Illic enim dicitur voluisse Iustinianus dupli „augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi“ h. e. „per totam legatorum provinciam“; hic autem de lege est sermo, quae in malos perditosque homines suum vigorem ostendit, h. e. „adversus scelestos homines poenas minatur“. Quae cum ita se habeant, quis miretur in tam diversa verbi vi atque efficacia diversos quoque casus adhiberi? Nihil igitur hoc exemplum ad auctorum diversitatem demonstrandam confert.

Verbum admittere in sola posteriore Institutionum parte ita usurpari Grupius admonet, ut eo peccandi seu delinquendi actio significetur: hanc autem vocem adeo huius partis compositorem in deliciis habuisse, ut, cum apud Gaium 3, 202 legeret „furtum committeretur“ ipse „f. admitteretur“ scriberet. — Cum autem § 8 I. 4, 18 legamus ‘qui vim commiserit’, vix esse Grupius ait, ut illi huius tituli compositio tribui possit. — Haec omnia aliquid sane momenti haberent, si revera constaret posteriorum librorum compositorem ab hac voce constanter abhorruisse et penitus abstinuisse. Id autem non ita se habet. Contra facile ostendi potest saepissime, cum apud Gaium verbum ‘committere’

in ea significatione legeret, id eum retinuisse e. gr. I. 4, 4, 1 || ib. § 3. || 4, 8 pr. || § 5 (bis) || § 6 (bis) et alibi saepius, ut sine temeritate dici possit probabilius eum in G. 3, 202 „admitteretur“ in suo libro legisse; ridiculum enim esset dicere librum illum nostrum veronensem, quem unicum novimus, iustinianos ante oculos habuisse. Sed haec omnia supervacua sunt, cum ille ipse quis duos posteriores libros composuit etiam ubi non alios descripsit sed sua protulit eam usurpaverit dictionem; cf. e. gr. § 6 I. 4, 8 „si dominus in servum suum aliquid commiserit“. — Cur idem non potuit § 8 l. componere? praesertim cum Iustiniani constitutio, quae ibi laudatur, quaeque sane auctori cum scriberet ante oculos versabatur, bis de crimine commisso [c. un. § 1. 1°, VIII 13] loquatur¹⁾.

Sunt contra argumenta nec pauca nec leviora, quae ad nostram sententiam comprobendam plurimum conferant. Quorum unum nec Grupium fugit, qui tamen eius vim non satis perpendisse videtur. Dictio „ex latioribus digestorum sive pandectarum libris“ (§ 12 I. 4, 18) in duobus prioribus Institutionum libris nusquam legitur; contra ea vel aliae simillimae octies in duobus posterioribus inveniuntur, I. 3, 12 pr. || 3, 23 § 2 || 4, 6 § 2 || 4, 6 § 5 || ib. § 37 || 4, 13 § 6 || 4, 14 § 3 || 4, 18 § 12. — Huiusmodi autem dictiones auctoris stylum multo melius produnt, quam reliqua vocularum seu casuum observatio. Non enim facile quis sibi adeo semper constans invenietur, ut nunquam ab aliquis vocis seu verborum coniunctionis usu deflectatur; id autem in illarum dictionum usum non cadit, quas aliquis sibi creat et in deliciis (ut fit) habet²⁾.

§ 6 I. 4, 18: magna ex parte ex constantiniana constitutione hausta est, quae legitur c. 9, 17, 1. Eiusmodi paragraphi, quae integre vel fere ex principum constitutionibus hauriuntur, plures in duobus posterioribus Institutionum libris leguntur: cf. I. 3, 1 § 2^a = Cod. 5, 27, 11 ||

¹⁾ Cetera Grupii argumenta missa facio; exiguiora enim sunt. —

²⁾ Vocem ‘aperte’ [— ius — issime] in libro I^o et II^o frustra quaeri monet Grupius (Comm^o p. 16), cum in postremis duobus libris sit frequentissima; eam autem invenies § 8 I. 4, 18.

I. 3, 2, 3^b. 4 = c. 6, 58, 14 || I. 4, 1, 8 = C. 6, 2, 20 || ib. § 16 = ib. c. 22 § 1. 2 || I. 4, 13, 11 = C. 2, 12 (13), 7. — Contra in duobus prioribus libris una est paragraphus, quae ex Iustiniani Constitutione post veterem codicem lata sumpta est [I. 1, 11 § 2 = C. 8, 47 (48), 10]; nullus autem locus ex vetere codice in illorum librorum textum migravit. Auctor vero ultimi I^a. III^a tituli, qui ex eo codice hausit, idem fuisse videtur atque ille qui duos posteriores libros composuit. — Ex Dig. 50, 16, 233 fere tota § 5 l. t. derivata est. Eiusmodi autem Digestorum usus in duobus posterioribus libris multo frequentior est, quam in duobus prioribus, quorum auctor plerumque a describendis pandectarum verbis abhorruisse videtur.

Quod igitur prima etiam facie credibilius videtur, eum nempe qui ceteros libri titulos composuerit etiam illius postremi auctorem esse, id, re perpensa, pro certo habendum est.

Hoc unum tamen, arbitror, obici posset. In duobus prioribus libris imperatorum constitutiones non raro sacrae appellantur¹⁾ (1, 5 § 1 || ib. 10 § 12 || ‘sancta const.’ 1, 22 pr. || 2, 10 § 3 || 2, 12, pr.), id vero in duobus posterioribus libris nusquam occurrit, nisi quod § 10 I. 4, 18 „ex sacris constitutionibus“ legitur. Hic tamen locus mendo laborare videtur. Nam vix tolerabilis est huiusmodi dicendi modus: „lex Fabia — — quae — poenam ex sacris constitutionibus inrogat“. Probabilius olim scriptum fuerat: „pecuniariam poenam inrogat; sed ex novellis constitutionibus interdum capitis poena inrogatur“, cfr. Collatio legum, ubi eadem fere observatio continetur, 14, 6²⁾. — Postea vero emendatus est locus, seu potius corruptus, ne novellarum constitutionum mentio ad Iustiniani ipsius *νεαράς διατάξεις* referretur. Cuius perturbationis vestigia vel in graeco Insti-

¹⁾ cfr. § 16 I. 2, 6: ‘nostra autem divina constitutio’. — ²⁾ pr. I. 3, 28 ‘novellae nostrae constitutionis’. Ceterum ea quae de novellis constitutionibus in Collatione l. l. traduntur verisimilius ex scholiis ad Pauli librum quintum sententiarum hausta esse credendum est, quae etiam iustiniani ante oculos habere potuerunt.

tutionum indice persequi quis posset: „ὅς [scilicet ὁ φάβιος] ἐσθότε κεφαλικὴν ἐκ τῶν βασιλικῶν ἐπάγει διατάξεων τιμωρίαν, ἐσθότε δὲ κονφοτέραν, ὡς ἐκ τοῦ κώδικος καὶ τῶν διατάξεων ἔστι γινῶναι“. Quid sibi volunt hae constitutiones, quae praeter codicem laudantur? Immo quid sibi vult haec tota adiectio, cuius nil similis in toto graecarum institutionum corpore invenitur? Inde, si quid video, recte arguendum foret in ipso libro, qui graeco interpreti praesto erat, totam hanc paragraphum mirum in modum interpolatam et confusam fuisse.

II.

De auctoribus, qui in Institutionibus laudantur.

In I^o libro auctores hi laudantur: 1, 4 pr. Marcellus || 1, 10, 9 Iulianus || 1, 11 § 12 Cato || 1, 13, 1 Servius || 1, 25, 2 Papinianus responsorum libro V^o || 1, 25, 16 Scaevola || 1, 26, 6 Iulianus || ib. § 5 Iulianus || ib. § 7 Papinianus.

In II^o libro laudantur: 2, 1, 8 Papinianus || ib. § 25 Sabiniani et Proculiani || ib. § 38 Iulianus || 2, 5, 5 Marcellus || 2, 6, 9 Papinianus || 2, 10, 5 Pomponius || 2, 14 pr. Atlicinus et Paulus || 2, 20, 9 Iulianus || ib. § 12 Celsus || 2, 20, 14 Papinianus || ib. § 16 Iulianus || ib. § 18 Iulianus || ib. § 20 Iulianus || ib. § 36 Sabinus || 2, 23, 7 Papinianus || 2, 25, 1 Papinianus.

In III^o libro: 3, 8, 2 Iulianus et alii plerique || 3, 23, 2 Sabinus et Cassius — Proculus || 3, 24, 4 Cassius || D. 25, 2 Q. Mucius et Servius Sulpicius || 3, 26, 6 Sabinus || ib. § 8 Sabinus et Cassius || 3, 29, 2 Gallus Aquilius.

In libro III^o: 4, 3, 1 Aelius Marcianus || ib. § 15 Sabinus || 4, 5, 2 Iulianus || 4, 18, 5 Gaius.

Patet ergo ante omnia multo frequentius nomina auctorum in duobus prioribus, quam in duobus posterioribus libris laudari, idque qua ratione factum sit ex sequentibus apparebit.

Omnia, quae recensuimus, exempla optime videntur mihi trifariam dividi posse:

- 1) Laudatur auctor, unde is, qui Institutionum textum confecit, hausit seu verba seu sententiam.
- 2) Nomen auctoris, qui laudatur, ex Iustiniani constitutionibus sumptum est.
- 3) Nomen auctoris in iuris libris extabat, unde ipse Institutionum textus confectus est.

Auctor operis, unde is textum hausit, qui Institutiones composuit, in solo IIII^o libro laudatur. Adferuntur nempe Marcianus [4, 3, 1] et Gaius [4, 18, 5]. Illud animadvertendum est in his duobus exemplis etiam operis nomen laudari: „sicut Aelius Marcianus in suis Institutionibus refert“: „Gaius noster in interpretatione legis XII tabularum scriptum reliquit“. Id autem (saltem in duobus libris posterioribus) nusquam alibi occurrit; nam simpliciter iurisconsultus laudari solet, omissa eius operis mentione. — Quibus exemplis etiam pr. I. 1, 4 addendum foret, si revera, uti nunc Lenelius proponit [Palingenesia, 652] pro ‘Marcello’ ‘Marcianus’ legi oporteret. Id tamen non esse concedendum infra pluribus argumentis apparebit.

Auctoris nomen, qui laudatur, interdum ex ipsa iustinianarum constitutionum praeparatione manavit. Eiusmodi exempla in duobus tantum prioribus libris occurrunt: omniaque ad eas constitutiones referuntur, quae post veterem iustinianum codicem promulgatum latae sunt. Ut ecce: 1, 11, 12 „apud Catonem bene scriptum refert antiquitas — — unde et nos eruditi in nostra constitutione cet.“ [cfr. Cod. 7, 6, 1 § 10 anni 531] || „secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata“ 2, 5, 5 [cfr. Cod. 3, 33, 13 anni 530] || 2, 14 pr.“ quod non per innovationem induximus, sed quoniam — Atilicino placuisse Paulus suis libris quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scripsit refert“¹⁾. Qui auctores in ipsis constitutionibus, quales nunc nobis prostant, sane non laudantur; probabilius autem in Triboniani relatione ad principem facta continebantur unde non temere quis coniecerit ipsum Tribonianum eiusmodi notitias conlegae suo [Theophilo, ut videtur] comparasse.

¹⁾ C. 6, 27, 5. — a. 531.

Meminisse etiam iuvabit in prioribus duobus libris saepe Tribonianum laudari, id quod in posterioribus nunquam fit; patet ergo inter sacri palatis quaestorem eumque, qui duos priores libros confecit, aut necessitudinem aut singularem quandam amicitiam extitisse. — Exemplis, quae attulimus, hoc quoque addendum est, quamvis Iustiniana constitutio hodie non extet, Inst. 2, 23, 7: „quia — et ipsi antiquitati displicuerunt et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat — — ideo — (nobis) placuit etc.“. — Contra nil similis offerunt duo libri posteriores.

Omnia igitur exempla auctorum a iustinianis laudatorum ad haec duo genera rediguntur, quorum alterum duorum librorum priorum, alterum duorum posteriorum proprium est. Cetera exempla, ad quae nunc pergimus, non ipsis iustinianis debentur, sed potius veteribus iurisconsultis, ex quibus isti textum suum hauserunt.

Sed hic quoque novam inter priorem alteramque Institutionum partem differentiam inveniemus. Et quamvis hunc tractatum iam breviter alia commentatione executus sim, nunc diligentius res dispicienda est.

Is, qui duos priores libros composuit, plerumque nomina auctorum in libris ab ipso excerptis laudatorum retinuit; contra alter Institutionum compiler ea saepenumero describere neglexit. — Id ex locis in Digestis servatis potissimum apparet. Raro evenit, ut nomen auctoris in Digestis laudati in duobus prioribus Institutionum libris quoque non occurrat (e. gr. I. 2, 1, 13 = Dig. 41, 1, 5 § 1 ex G. 2 rer. cott.); contra fit, ut nonnunquam in his libris nomen servatum sit, quod in Digestis non invenitur. Ut ecce: I. 1, 4 pr. et Marcellus probat: Dig. 1, 5, 5, 2 ‘rectius probatum est’ || I. 2, 1, 8 ‘etiam diruto aedificio adhuc (locus) sacer manet, ut et Papinianus scripsit’: postrema verba omittunt Dig. 1, 8, 6 § 3. || I. 2, 1, 20 ‘teneri eum Iulianus scripsit’ = Dig. 30, 112 § 1 ‘tenetur heres’. —

Nil vero eiusmodi in duobus libris posterioribus occurrit. — Quod ad primum, quem attuli, locum perperam censent

aliqui pro 'Marcello' 'Marcianus' legendum esse. Nunquam enim solet auctor duorum priorum librorum scriptores laudare, unde ipse verba haurit; id fit interdum a ceterorum librorum auctore, sed plane altera forma, uti vidimus. Accedit quod verba, quae nunc in Digestis l. l. inveniuntur, scilicet „et tamen *rectius* probatum est“ vix veteri iurisconsulto tribui posse videntur, cum iustinianorum styllum valde oleant. — Marcellus autem saepius a Marciano laudatur, cfr. D. 30, 113 pr. || 30, 116 § 3 || ib. §§ 3—4 || ib. § 16 || 25, 7, 3, 1¹⁾. — „ὁ Μάρκελλος“ in libris manu scriptis graecarum institutionum non legitur²⁾.

Contra, uti l. l. ostendi, posteriorum librorum auctor iurisconsultorum nomina tunc etiam omittit, cum ea Digesta servant. — Unde facile intellegi potest, cur tam rarius occurrant in duobus posterioribus libris veterum prudentium nomina.

Restat, ut videamus ex quibus demum auctoribus eiusmodi prudentium laudationes in Institutionum textum defluxerint. In hac vero inquisitione ita procedam, ut locos ex gaianis institutionibus sumptos, vel qui etiam in Digestis occurrant, prorsus omittam; ad ceteros vero quod attinet, demonstrare conabor, unde iustiniani textum suum hauserint. Erit igitur quodammodo eius rationis specimen, qua ni fallor universi Institutionum corporis fontes facile deprehendi poterunt.

Illud ante omnia teneamus necesse est, iustinianos Institutionum corpus ex Digestis principumque constitutionibus, ex Gaii institutionum atque rerum cottidianarum commentariis, ex Ulpiani Florentini Marciani institutionibus composuisse³⁾. —

¹⁾ Hic locos tantum ex Marciani Institutionibus congesi. Nam in ceteris quoque libris Marcellus a Marciano saepissime laudatur, ut quisque facile videre potest. — ²⁾ Nomen enim excidit, ita ut verbum 'ᾠησιν' subiecto careat. Fabrotus legit „ὁ Μαρκανδός“, scilicet ex sua coniectura: cfr. editio mea in h. l. — ³⁾ Pluribus hunc tractatum executus sum commentatione quae inscribitur „Intorno ai passi comuni ai Digesti ed alle Istituzioni“. Ibi de quibusdam aliis fontibus rarissime adhibitis mentionem feci.

Ulpianus in suis Institutionibus nullum auctorem laudasse videtur¹⁾; hunc autem morem etiam in libro singulari Regularum retinuit, si cassianorum proculianorumque mentionem 11, 28 excipias. Unde sequitur valde dubium esse quod Huschkus proposuit, scilicet l. l. legendum esse „Prisco“ pro nota prisq. — Mauricianum autem (13, 1) senatusconsultum, non prudentem esse (quod etiam Lenel admittit (Paling. I 691), verisimilius est; cfr. Huschkus ad h. l. Ceterum in eius, quae extant, Institutionum fragmentis atque in his iustinianarum institutionum partibus, quae a Breinero Kruegeroque ei adscribuntur, nulla iurisconsultorum mentio invenitur. Patet ergo eos locos, in quibus aliqua prudentium laudatio occurrit, eius Institutionibus non esse temere adscribendos. —

Eadem fere de Florentini Institutionibus dicenda videntur. Una enim tantum in omnibus eius fragmentis Trebatii laudatio occurrit (qui tamen potius in Pii constitutione citatus fuisse videtur) [D. 41, 1, 16]; nam quod ait, stipulationem, quam acceptilatio sequatur, a Gallo Aquilio compositam esse in hanc speciem prorsus non cadit [D. 46, 4, 18, 1]. De iis enim iurisconsultorum mentionibus loquimur, quae ideo fiunt, ut eorum auctoritas aliquam tueatur sententiam.

Contra iurisconsultorum nomina passim laudantur tam in Marciani Institutionibus, quam in Gaii rebus cottidianis. Est tamen aliqua in ratione, qua uterque auctores suos adferre consuevit, differentia. — Ne illud moneam plures a Marciano scriptores laudari, quae post Gaii obitum demum floruerunt, non est tacendum multo crebriores esse apud Marcianum eiusmodi auctorum laudationes. — Gaius enim in iis fragmentis rerum cottidianarum, quae in Digestis servantur, bis diversarum scholarum praecipuos auctores attulit (D. 17, 1, 4 — 41, 1, 7, 7); semel Trebatium, cui ple-
rorumque sententiam opponit, semel denique Iulianum. — Marcianus autem saepius iuris auctores tam antiquos (Tre-

¹⁾ Si excipias illud „ut eleganter Celsus definit“ [D. 1, 1, 1 pr.]. Sed non ideo Celsus laudatur, ut sententia quaedam eius auctoritate confirmetur.

batium Labeonem Cassium), quam recentiores (Aristonem Celsum Sabinianos Pomponium Ceruidium Scaevolam Marcellum Papinianum) in Institutionibus suis testes adduxit. — Aristonem autem, Celsum et Pomponium¹⁾ nunquam a Gaio in operibus suis laudatos esse constat.

Quibus perspectis, necnon quibusdam styli cuiusque scriptoris proprietatibus, illuc deveniemus ut singularum auctorum mentionum, quae in Institutionibus occurrunt, fontem ostendamus. Locos igitur ex Institutionibus sumptos, ubi aliqua veterum iurisconsultorum mentio occurrit, qui neque in Digestis neque in gaianis institutionibus nobis sint servati, secundum librorum ordinem huc adducam et de eorum origine quaedam breviter proponam.

Ex libro I°:

— 10 § 9: 'Iulianus huiusmodi nuptiis abstinere debere ait' — Huiusmodi Iuliani laudatio (cfr. ea quae supra monuimus) tam Gai rerum cottidianarum commentariis, quam Marciani Institutionibus tribui posset. Plura tamen suppetunt argumenta, quae Gaium ostendant auctorem. Vix enim alicui dubium esse potest §§ 3—10 h. t., atque § 12 ex uno scriptore esse haustas. Hunc autem scriptorem Gaium esse inde evincitur, quod in §§ 3. 6. 7. 9 pronomen 'tu' usurpatur; id vero in rerum cottidianarum libris frequenter occurrit (D. 41, 1, 7, 2 — ib. § 7 — ib. fr. 9 § 1. § 5. — D. 7, 1, 2 pr. seqq.), sicuti in gaianis Institutionibus; sed nusquam in Institutionibus Marciani. Dixerit tamen aliquis fieri potuisse, ut in opere genuino primae personae pronomen 'ego' usurparetur, idque a compilatoribus esse mutatum. Sed hoc quoque pronomen rarissime in Marciani Institutionibus occurrit, nunquam vero in locis, ubi de nuptiis tractatur; immo in huius operis fragmentis, quae non adeo pauca neque exigua in Digestis servata sunt, id bis tantum invenitur (D. 7, 1, 38 — 46, 3, 40). — Dicendi quoque ratio Gaium omnino redolet; conferantur autem §§ 61—64 libri Iⁱ Gai Institutionum, ubi

¹⁾ De Sexto, qui Inst. 2, 218 citatur, cfr. nunc Lenel Paling. II: 1229.

saepius eadem sententia deprehenditur. Inde facile explicari potest, cur § 12 partim cum Gai. 1, 64 verbo tenus conveniat; id autem inter Institutionum aureorumque commentarios non raro evenit.

— 25 § 2 ‘ut Papinianus responsorum libro V^o rescripsit’. — Haec Papiniani laudatio nonnisi Marciano tribui potest, ut ex his quae supra diximus conicitur. Accedit solum Marcianum inter omnes institutionum auctores ita iuriconsultos interdum laudare, ut non modo eorum nomina, sed etiam operis titulum librique numerum afferat¹⁾. Immo totum hunc titulum vel fere ex Marciani Institutionibus esse sumptum vel ex locis probatur, qui cum servatis Marciani fragmentis verbo tenus conveniunt, cfr. § 4 = D. 27, 1, 21 pr. — § 16 = fr. 21 § 1. 2. — Patet nempe pleraque in Digestis omissa fuisse. Huc pertinet et Scaevolae laudatio, quae in § 16 invenitur: „ut Scaevola dicebat“, quaeque nonnisi Marciano tribui potest. (Locus deest in Digestis). —

— 26 § 4 ‘ut et Iulianus scripsit’
 § 5 ‘idem Iulianus scripsit’
 § 7 ‘ut Papiniano visum est’

Tres hae citationes Marciano acceptae sunt ferendae. Omnimodo enim credibile videtur, ut §§¹ 4—10 huius tituli³⁾ uno eidemque auctori sint referendae, Papiniani autem laudatio nonnisi Marciano convenit. Quod ad eius formam cfr. Marc. 3 inst. D. 41, 1, 11 „ut Sabinianis visum est“. — Huc accedit hunc laudandi modum „Iul. scripsit“ a gaiano stylo fere alienum esse. Bis enim tantum in omnibus Gai operibus, quae aetatem tulerunt, verbum scribendi hac significatione usurpatur, h. e. lib. de casibus [D. 38, 1, 49]

¹⁾ D. 30, 113, 5 ‘Papinianus libro III^o responsorum scribit’ — 30, 114, 3 ‘apud Marcellum libro XXII Digestorum’ [Inst. libr. 7. 8]. ‘et Marcellus libro VII^o Digestorum scripsit’ [12 inst. D. 25, 7, 3 § 1]: ‘scribit Celsus libro XX^o dig.’ [8 inst. 36, 1, 34]. — ²⁾ Modestinus D. 27, 1, 13, 1 post Ceruidium Scaevolam etiam Paulum et Ulpianum affert; de Marciano autem tacet. Nunquam vero laudatur Marcianus a Modestino. — ³⁾ Priora et extrema tituli commata ex Digestis sumpta sunt; cfr. quae disputavimus in commentatione „Intorno ai passi comuni ai Digesti ed alle Istituzioni“.

et 31 ad ed. prov. [D. 21, 1, 20]¹⁾; ceterum longe aliae *φράσεις* adhibentur, inter quas frequentissimae sunt 'putat' 'placet' seu 'placuit' 'ait'. — „Alicui placere“ legitur apud Gaium saltem vices; „aliquis putat“ fere toties; „aliquis ait“ in undecim saltem locis. — Contra hic laudandi modus: „aliquis scripsit“ Marciano in deliciis fuisse videtur; exempla afferam plura ex solis Institutionibus deprompta: 7 inst. 'et Papinianus scribit' D. 28, 7, 18 || ib. 'Papinianus libro tertio responsorum scribit' D. 30, 113, 3 || ib. 'Labeo scripsit' D. 32, 65 pr. || ib. 'Celsus scripsit' l. l. § 3. || ib. 'Cassius scripsit' l. l. § 3 || 8 inst. 'Papirius Fronto scribit' D. 30, 114 7 || 12 inst. 'et Marcellus — scripsit' D. 25, 7, 3 § 1. —

Ex libro II°:

— 1 § 8 'ut et Papinianus scripsit': Hanc Papiniani laudationem Marciano pertinere (id quod ex rebus supra tractatis iam per se liquet) supra aliis quoque argumentis ostendimus.

— 1 § 38 'ut et Iuliano visum est'. Locus Gaio est tribuendus; totum enim comma §§ 35—38 ex rerum cottidianarum commentariis (cfr. § 37 = D. 22, 1, 28) peti- tum esse pro certo habendum esse videtur, cfr. etiam quae monui in commentatione 'Intorno ai passi comuni etc.' ver- sus finem. Haec autem laudandi ratio etiam alibi apud Gaium deprehenditur; cfr. Inst. Gai. 3, 133 'Sabino autem et Cassio visum est'.

— 6 § 9 'Papinianus scripsit'. — Necesse est de Mar- ciano cogitemus, cui § 8—10 et § 13 h. t. adscribendae sunt ut vel ex divorum Severi et Antonini constitutioni- bus, quae ibi laudantur, abunde patet. Sed de hoc pluribus infra. —

— 10 § 5 'secundum quod Pomponio visum est': Mar- ciano quoque videtur tribuenda haec laudatio, cui totum hoc comma §§ 5—7 vix abiudicari potest. — Id melius inferius apparebit. — Iam vidimus Pomponium nunquam a Gaio laudari.

¹⁾ Adeo ut interpolationis suspicio non admodum remota esse videatur.

— 20 § 9 Iulianus ait: tam Gaio quam Marciano tribui haec laudatio potest.

§ 12 'Celsus existimat': de Marciano est cogitandum, neque enim Celsus a Gaio solet laudari (cfr. autem Marc. 7 inst. D. 32, 65, 3 „Celsus scripsit“; id. 8 inst. 36, 1, 34 „scribit Celsus libro vicensimo digestorum“), neque Gaio locum tribui permittunt Severi et Antonini constitutiones, quae adferuntur.

§ 14 'Papinianus scripsit': cfr. supra.

§ 16 'Iulianus scripsit'. Locum iam attulimus. Marciano eum tribuendum esse vel ex Dig. 30, 112 § 1, ubi tamen plura omissa sunt et Iuliani mentio excidit.

§ 18. 20 'Iulianus ait': hae omnia videntur Gai esse, quamvis posterior § 20. pars Marciano sit vindicanda. Quod ad § 36 attinet, item de Gaio cogitandum esse videtur.

— 25 § 1 'Papinianus ait': hae §§¹ ex Marciano sumptae esse videntur (multis tamen omissis): cfr. § 2 fin. § 3 = D. 29, 7, 6 pr. § 1. —

Ex libro III^o:

8 § 2 'quod et Iuliano et aliis plerisque visum est': Totus hic titulus ex Gai rer. cott. commentariis haustus est, ut nemini dubium esse potest, qui Gai scribendi modum vel modice novit. — Dictiones huiusmodi „In summa — admonendi sumus“, „unde quaerebatur — sed placuit“ Gaium omnino redolent, neque apud ceteros iurisconsultos usquam inveniuntur.

— 25 § 2 'Quintus Mucius — existimavit': Servius Sulpicius — contra sensit': Ex ipso laudandi modo patet Gaium auctorem esse; haec autem ex ipsius rerum cottidianarum commentariis esse deprompta vel ex concordantia manifestum est, quae inter hunc locum et eius Inst. 3, 149 intercedit. —

— 26 § 6 'optinuit Sabini sententia': Gai. cfr. I. 3, 156.

— 26 § 8 'Sabino et Cassio placuit': 'diversae scholae auctores — existimant': ex Gai reb. cott., qui scholarum controversias semper exposuit. Pleniores igitur fuerunt hic res cottidianae, quam Inst. 3, 161, ubi Sabinus quidem

et Cassius laudantur, sed scholarum dissensionem hac de re fuisse non traditur¹⁾).

Unde non solum patet duoviros Institutionibus componendis in veteribus libris excerptis diversam rationem secutos esse; sed etiam intellegimus quantum ad Institutionum originem inquirendam eiusmodi studia prodesse possint.

III.

De principum constitutionibus, quae in Institutionibus laudantur.

De illis tantum constitutionibus nobis tractandum est, quae veteribus iurisconsultis, unde Institutionum textus haustus est, notae esse potuerunt. Nam quae christianorum principum et praecipue ipsius Iustiniani constitutiones laudantur, patet ad rem nostram prorsus non pertinere.

Haec autem ante omnia tenere oportet:

- I. Principum constitutiones rarissime in Florentini Institutionum fragmentis laudantur h. e. D. 29, 1, 24 'divus Traianus — ita rescripsit' et D. 41, 1, 16 'divus Pius constituit'.
- II. In Ulpiani Institutionum reliquiis semel tantum legitur [Coll. 16, 9 § 3]: „imperator noster — tribuit“. Intellege Antoninum Caracallam [cfr. Dio 77, 9, 4 = Krueger Quellenges. 222, Lenel Paling. II 926].
- III. In Gai rerum cottidianarum fragmentis, quae in Digestis leguntur, nulla prorsus constitutio laudatur.
- IV. Contra Marcianus in Institutionibus suis, sicuti in omnibus, quae scripsit, operibus infinitas paene constitutiones laudare solet, ita ut vix fragmentum eius invenies, quin eiusmodi citationibus sit refertum.

Unde recte demum explicari poterit, cur tam saepe in libris I^o et II^o iustinianarum institutionum principum consti-

¹⁾ In libro III^o duae tantum eiusmodi citationes reperiuntur [cfr. supra]; quae tamen certum habent auctorem, ideoque supervacuum est de isdem tractare.

tutiones et praesertim rescripta referantur, in duobus autem posterioribus libris fere nullae. Nam Marciani Institutiones, quibus duorum priorum librorum auctor abunde est usus, vix ab illo qui duos posteriores libros composuit adhiberi potuerunt, cum in istis libris potissimum de obligationibus et actionibus sermo sit, quarum tractatus (sicuti iam exploratum est¹⁾) in Marciani Institutionibus desiderabatur. Fons igitur, unde de principum constitutionibus tam copiosa manabat notitia, in hos libros vix quosdam rivulos emittere potuit.

Inter constitutiones, quae in Institutionibus citantur, complures sunt divorum Severi et Antonini. Harum constitutionum notitia nonnisi Marciano tribui potest, utpote qui post Antoninum imperatorem omnia sua opera composuerit [Lenel Pal. I 639 cf. Krueger l. l. 225]. Ulpianus autem imperante Caracalla Institutiones suas composuit neque igitur eiusmodi citationibus in iisdem uti potuit. De Gaio et Florentino nemo cogitabit, cum neuter ultra Commodi tempora vixisse, aut certe scripsisse videatur²⁾. Loci autem Institutionum, in quibus divorum Severi et Antonini constitutiones referuntur, haud raro etiam illorum scriptorum citationes continent, quae, secundum ea quae superius monuimus, Marciano acceptae ferendae sunt.

Monendum item est quarundam veterum principum constitutionum notitiam compilatores ex Iustiniani legibus hausisse. Ut ecce: quae de Gordiani beneficio in I. 2, 19, 6 traduntur ex Iustiniani constitutione ad Senatum deprompta sunt, quae nunc in Cod. 6, 30, 22 legitur [a. 531]. — Ea enim ipsa constitutio ibid. laudatur. — Ex alia Iustiniani constitutione eodem anno (et igitur post priorem codicem promulgatum) lata, quae nunc in C. 7, 6, 1 reperitur, tracta sunt ea, quae de divi Traiani edicto leguntur in I. 3, 7, 4.

Loci omnes, in quibus constitutiones laudantur in I. 1,

¹⁾ Nullum in Marciani Institutionibus de obligationibus sermonem factum esse recte monuit Kruegerus Quellen, 225; cfr. Lenelius in Paling. I 652. — ²⁾ De Florentino cfr. Kruegerus l. l. 193, n. 16.

25 (§§ 1. 3. 6. 8. 10. 18. 19], Marciani sunt¹⁾. Nam in plerisque divorum Severi et Antonini rescripta laudantur, ceteri ex eodem fonte manasse videntur. Id autem vel ex ipsa constitutionum copia, quae adferuntur, conici potest. — Item Marciano tribuendae sunt §¹ 3. 4. 9 in titulo XXVI^o eiusdem libri.

Item Marciano pertinent in libro II^o: §§¹ 9. 13 tituli VI¹ (fortasse et § 14): § 7 tituli X¹; § 3 tituli XV¹ et igitur etiam § 2 ibidem (fortasse et § 4); §§¹ 7—8 tituli XVII¹; §§¹ 5. 12. 15. 20 tituli XX¹ [de § 4 vide supra].

X.

Das Recht der Superficies.²⁾

Von

Herrn Geheimerath Professor Dr. **Adolf Schmidt**
in Leipzig.

Superficiū³⁾ und superficies sind zwei Formen desselben Wortes⁴⁾. Zusammengesetzt aus „super“ und „facere“ „ficere“ (wie sacrificium, aedificium, beneficium u. s. w.) bedeutet es „was an der Sache zu oberst gemacht ist“, den obersten

¹⁾ Inter hos locos plures iam supra propter alia argumenta Marciano vindicavimus. Patebit igitur, quam tuta sit haec methodus fontium inquirendarum, cum omnes semitae eodem conveniant.

²⁾ U. M. Niegelowski, De iure superficiario, Bonnae 1845 (Die Dissertation eines talentvollen Anfängers). C. G. von Wächter, Das Superficiar- oder Platzrecht; erste Ausgabe, 1866—1868. H. Degenkolb, Das Platzrecht und die Miethe, 1867. Zweite Ausgabe der Wächterschen Abhandlung: 1868. — ³⁾ Die Form „superficiū“ findet sich in der lex agraria a. 643 u. 92; in dem vor 767 entstandenen menologium rusticum uallense (Mommson, inscript. lat. p. 358) „uinearum superficiū colitur“. Sie hat sich ferner in der Florentina der Pandekten erhalten: Fr. 32 de iure dotium (Pomponius): superficiū aedificii; Fr. 39 de legatis II (Iulianus): et solum et superficiū; in Fr. 1 § 1

Theil der Sache¹⁾. Dabei ist es gleichgiltig, ob die Sache unbeweglich sei oder beweglich²⁾. Infolge der Relativität des Begriffs gelangt man ferner zu verschiedenem Ergebniss, je nachdem man den Gegenstand der Vergleichung wählt. So gilt bei dem Haus als solchem, d. h. wenn man vom Boden absieht, das Dach als seine superficies, bei dem Baum als solchem sein Gipfel³⁾. Bei unbeweglichen Dingen wird jedoch gewöhnlich die superficies im Zusammenhang mit und im Gegensatz zum Boden aufgefasst, und zwar wird dabei überall feste Verbindung vorausgesetzt⁴⁾. Superficies in diesem Sinne ist die Gesamtheit dessen, was, über den Boden hervorragend, mit demselben in festem Zusammenhang steht; sodass alles hierher gehört, was dieser Definition sich fügt: das ganze Gebäude ohne den Boden⁵⁾, in gleicher Beschränkung

de superficiebus bedient sich Ulpian der Worte superficies und superficies nebeneinander. [Auch superficiaria findet sich als absoluter Plural: Fr. 13 de pignoribus; Fr. 49 de uerborum significatione]. —

*) a) Bei den in „ies“ auslautenden Worten ist die gewöhnliche Nebenform „ia“: so bei luxuries, materies, mollities, pigrities. b) Zuweilen findet sich die Nebenform „io“: so bei diluuius, eluuius. c) Zuweilen gesellt sich als dritte Form dazu „ium“: so diluuium. d) Neben superficies findet sich nur superficies (neben eluuius nur eluuius.) e) Die Form „ium“ ist die seltenere [abluium erklärt Gellius 16, 7, 2 für eine Erfindung des Laberius] und überhaupt die ältere, deshalb allmählig zurücktretend.

*) Forcellini erläutert superficies durch „quidquid est super faciem terrae“. a) Schon terrae ist unhaltbar, denn darin liegt eine Beschränkung, über welche das Wort hinausgeht (nächste Anm.). b) Die Ableitung von facies verträgt sich nicht mit der Form superficies; facies und fices sind vielmehr gleichwerthige Formen, die erste von facere, die zweite von ficere hergeleitet. — *) Superficies heisst z. B. die obere Schale einer Schildkröte, der oberste Theil eines Leuchters, die obere Fläche eines Edelsteins: Plinius, hist. nat. 6, 22, 4; 34, 3, 6; 37, 6, 23. — *) Plinius 34, 3, 7; 17, 4, 24; 19, 30, 7; 13, 8, 16. — *) Fr. 44 § 1 de obligationibus et actionibus (Paulus); Fr. 1 § 4 de superficiebus (Ulpianus). — Das auf den Boden ohne feste Verbindung Gestellte ist niemals zu demselben gehörige superficies: Fr. 60 de acquirendo dominio (Scaeuola); der abgehauene Baum ist es nicht mehr. Weil in Fr. 3 § 5 uti possidetis die proiectio supra uicini solum als superficies bezeichnet wird, deshalb glaubt Wächter, S. 54, an dieser Stelle einen abusiven Sprachgebrauch annehmen zu müssen: allein die fragliche proiectio ist integrierender Theil des Nachbarhauses. — *) Gaius 2, 73; Fr. 2 de superficiebus u. s. w.

der Baum¹⁾, der Weinstock²⁾, die Pflanze³⁾ und offenbar auch die einzelne Mauer, ohne dass wir dafür eines besonderen Beweises bedürften⁴⁾. Diese Dinge sind, wie gesagt, superficies nur insoweit, als sie aus dem Boden hervortreten; so der Baum mit Ausschluss der in der Erde verborgenen Wurzeln⁵⁾, das Haus im Gegensatz zum Boden⁶⁾. Daraus folgt, dass, anders als man hat annehmen wollen⁷⁾, der Keller niemals als superficies hat bezeichnet werden können.

Die Worte „aedes, aedificium, insula, domus“ bezeichnen das Gebäude mit dem Boden⁸⁾. Durch den Zusatz „superficiariae aedes, superficiaria insula“ erfolgt Beschränkung auf das Gebäude⁹⁾.

Das einzelne Stockwerk ist, im Zusammenhang mit dem Boden gedacht, pars superficiei. Sieht man von dem Boden ab, so ist das oberste Stockwerk superficies superficiariae insulae; das unterste wird man dagegen von diesem Standpunkte aus niemals als superficies bezeichnen können.

¹⁾ Columella 4, 11; Plinius 16, 31, 54. — ²⁾ Fr. 13 pr. de servitutibus praediorum rusticorum. — ³⁾ Gaius 2, 73. 74; Gaius Uisig. 2, 1, 14. — ⁴⁾ Wächter, S. 52, beruft sich hierfür auf Fr. 17 communia praediorum, wo zwar steht, dass die Mauer zum Grundstück gehöre, nicht aber, dass sie superficies sei. — ⁵⁾ Plinius, 36, 31, 56, erkennt bei dem Baum in der Wurzel den Gegensatz zur superficies. — ⁶⁾ Cicero (ad Atticum 4, 1, 7; vgl. 4, 2, 5) setzt dem Gebäude als superficies die area entgegen. In den Pandekten hat jene wiederholt das solum zum Gegensatz: Fr. 31 de legatis I; Fr. 6 de servitutibus; Fr. 9 § 1 de damno infecto; Fr. 23 pr. de usurpationibus. — ⁷⁾ Wächter S. 53. — ⁸⁾ a) Aedes: Fr. 23 pr. cit. (Iavolenus) — utputa cum aedes ex duobus rebus constant, ex solo et superficie —. Ebenso in dem interdictum Uti possidetis; denn man kann das Haus nicht ohne den Boden besitzen. b) Aedificium: Fr. 20 § 2 de servitutibus praediorum urbanorum (Paulus): — quamvis area pars sit aedificii — [nicht widersprechend Fr. 81 § 3 in Anm. 3]. c) Insula: Fr. 53 de usufructu (Iavolenus): Si cui insulae usus fructus legatus est, quamdiu quaelibet portio insulae remanet, totius soli usum fructum retinet. d) Ebenso besteht domus aus area und superficies: Cicero ad Atticum 4, 1, 7. — ⁹⁾ Fr. 2 de superficiebus (Gaius); Fr. 12 de publiciana (Paulus); Fr. 9 § 2 (Ulpianus); Fr. 39 § 2 (Pomponius) de damno infecto; Fr. 1 § 5 de ui (Ulpianus).

I.

Civile ius.¹⁾

I. Die römischen Juristen haben — wie es scheint unter der Führung von Servius — folgende Rechtsregel aufgestellt:

Diejenige Sache, welche mit einer anderen derart in feste Verbindung kommt, dass sie, ihre Selbstständigkeit verlierend, integrierender Theil der anderen wird, geht auch dem Rechte nach in der anderen auf²⁾.

Die Regel wird als dem naturale ius entstammend aufgefasst und durch das civile ius anerkannt³⁾. Für Grundstücke ist sie in dem Satz zum Ausdruck gelangt: „superficies cedit solo“⁴⁾, wo superficies im weiteren Sinne verstanden wird, so dass namentlich zwei Fälle sich unterordnen: das Eingepflanzte oder Eingesäete⁵⁾ und das Eingebaute⁶⁾.

Da es sich um ein formales Princip handelt⁷⁾, so ist es gleichgiltig, in wessen Eigenthum sich das Material vor dem Einbau befand⁸⁾. Der Eigenthümer des Bodens kann, auch wenn fremdes Material eingebaut wurde, dem Recht gemäss sagen „aedes suas esse“, kann also vindiciren, ohne den Vor-

¹⁾ Vgl. Wächter a. a. O. § 1. — ²⁾ Paulus in Fr. 26 de acquirendo rerum dominio führt die Regel „in quibus propria qualitas spectaretur [Flor. exspectaretur], si quid additum erit toti cedit [die Ausdrucksweise erscheint unbeholfen; vermuthlich ist sie verstümmelt] mit der bekannten Formel ein „hoc iure nos uti“ und citirt die Auctoritäten von Servius, Labeo und Proculus. Er bezieht den Satz gleichmässig auf bewegliche und unbewegliche Sachen. Unter „additum esse“ wird die feste Verbindung verstanden: daher das Erforderniss des Festwachsens bei den Pflanzen. — ³⁾ Gaius 2, 73; Fr. 2 de superficibus (Gaius); Fr. 50 ad legem aquiliam (Ulpianus). — ⁴⁾ Gaius l. c.; Fr. 3 § 7 uti possidetis (Ulpianus); in Fr. 98 § 9 de solutionibus fasst sie Paulus in die Worte „areae superficiem cedere“. — ⁵⁾ Fr. 7 § 13 (Gaius), Fr. 9 pr. (Gaius), Fr. 26 § 2 de a. r. d. — ⁶⁾ Fr. 7 § 10 eod. tit. (Gaius): „omne quod inaedificatur, solo cedit“; § 12 eod. l. „illius fit aedificium, cuius et solum est“, Fr. 27 § 9 (Papinianus) „aedificium soli conditionem sequitur“; cfr. C. 2 de rei vind. — ⁷⁾ Fr. 23 § 4 de rei vindicatione (Paulus): „In omnibus igitur istis causis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit“; ferner heisst es hier von dem einer Statue angeschweissten Arm „bracchium unitate maioris partis consumi“, Fr. 69 eod. tit. (Iulianus) „eorundem aedificiorum esse“. — ⁸⁾ Fr. 7 § 10. 12 de a. r. d.

wurf der *plus petitio* fürchten zu müssen¹⁾. Dagegen ist dem ursprünglichen Eigenthümer des Materials consequenterweise die *rei vindicatio* zur Zeit²⁾ versagt³⁾.

Aus dem Princip folgt, dass der Eigenthümer durch

¹⁾ a) Er ist Eigenthümer des Hauses: Gaius 2, 73; Fr. 69 de rei vindicatione (Iulianus); Fr. 7 § 10. 12 cit. (Gaius); C. 2 cit. (Antoninus). b) Er kann das Haus vindiciren: Fr. 23 § 2. 4. 7 de rei vindicatione (Paulus); Fr. 98 § 8 de solutionibus (Paulus). — ²⁾ Fr. 7 § 10 de a. d. (Gaius): „sed tantisper vindicare non poterit“. — ³⁾ Wenn dagegen die eingefügte Sache durch Ablösung vom Haus vollständig in ihrer alten Gestalt [bei dem im Boden festgewurzelten Baum, desgleichen bei der *ferruminatio* ist das nicht möglich] als selbstständige wieder zur Erscheinung kommt, so tritt das ursprüngliche Eigenthum wieder hervor, die *rei vindicatio* bringend: Fr. 7 § 10 de a. d. (Gaius); Fr. 23 § 7 de r. u. (Paulus); C. 2 eod. tit. (Antoninus). Wie ist das aufzufassen? a) Gaius erklärt einfach: durch den Einbau in das fremde Haus ist das bisherige Eigenthum am Material nicht untergegangen, nur kann es zur Zeit nicht ausgeübt werden, des thatsächlichen Hindernisses wegen: daher tritt es sofort wieder in Wirksamkeit mit Beseitigung des letzteren. b) Andere römische Juristen drücken sich, ohne auf die Sache näher einzugehen, dahin aus, dass nach der Trennung das Eigenthum zu dem früheren Herrn der Sache zurückkehre: so Paulus in Fr. 23 § 7 cit. „prior dominus vindicabit, Iulianus in Fr. 59 de rei vindicatione „simulatque dempta essent, continuo in pristinam causam reuerti“ und selbst Kaiser Antoninus in C. 2 sagt von unserem Fall „ad pristinum dominum reuerti“. c) Hat man aus diesen Stellen auf eine Meinungsverschiedenheit zwischen Gaius und den andern zu schliessen? Man hat bekanntlich von manchen Seiten geglaubt, das zu müssen. Aber die römischen Juristen sprechen nirgends von einer solchen; auch ist es wenig wahrscheinlich, dass man von dieser Seite geneigt gewesen sei, einen nutzlosen Verlust und einen ipso iure erfolgenden, nutzlosen Wiedererwerb des Eigenthums anzunehmen. Ich meine, es liege nichts vor als eine naheliegende Ungenauigkeit des Ausdrucks. Einer solchen machen sich die römischen Juristen, die ja keine Gesetzbücher schreiben, ebenso häufig schuldig wie unsere heutigen. So Ulpian, wenn er in seiner bekannten Definition die *Novation* bezeichnet als „prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio“ und, vielleicht unwillkürlich sich selbst corrigirend, sofort hinzufügt „ita ut prior primatur“; so derselbe Ulpian, wenn er von der *Correalobligation* in Fr. 3 § 1 de duobus reis sagt „cum una sit obligatio“, während er von demselben Fall in Fr. 5 de fideiusoribus erklärt, es bestehen deren zwei: und es ist dabei an einen Wechsel der Anschauung um so weniger zu denken, als beide Stellen in dem Werk *ad Sabinum* ziemlich dicht bei einander standen. Vgl. Windscheid, *Pandekten* I, § 188.

Uebertragung des Bodens die superficies nothwendigerweise mit überträgt, also auch wider seinen Willen¹⁾).

Weil die Regel „superficies cedit solo“ dem naturale ius angehört, deshalb wird sie von den römischen Juristen nicht bloss auf das Eigenthum angewendet, sondern auch auf den Besitz²⁾).

Was von dem Eigenthum gilt, das gilt in natürlicher Folge auch von den Servituten. Da nun die superficies untergeht in dem praedium, so kann die servitus praedii urbani nicht an der superficies zustehen ohne den Boden. Damit stimmen die Quellen; denn urbanum praedium ist nach Ulpian gleich aedificium³⁾, also gleich dem Gebäude mit dem Boden⁴⁾. Nur scheinbar widerspricht Paulus in Fr. 3 de servitutibus:

Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt;

denn es ist nicht zu übersehen, dass auch die in superficie consistentes als servitutes praediorum, und mithin als an den Boden gebunden bezeichnet werden. Der Sinn der Stelle ist: ein Theil der Servituten haftet an dem Boden schlechthin; bei dem anderen gilt das zwar ebenfalls, aber nur so lange, als der Boden die superficies hat⁵⁾.

Die Servituten nämlich sind nach der Auffassung des civile ius streng an das Individuum gebundene Rechte. Dem entsprechend gilt die grundlegende Personalservitut des Ususfructs einestheils nur für die bestimmte Person im civilen Sinne — sie erlöscht durch Tod und capitis deminutio —, anderentheils nur für das bestimmte Sachindividuum, sodass

¹⁾ Fr. 44 § 7 de obligationibus et actionibus (Paulus). — ²⁾ Fr. 3 § 7 uti possidetis. [Auch in dieser Stelle ist nicht zu übersehen, dass „aedes“ das Gebäude mit dem Boden bedeutet.] Weil die superficies nicht ohne den Boden besessen werden kann, deshalb kann man sie auch nicht ohne den Boden zu Eigenthum ersitzen: Fr. 26 de usurpationibus et usucapionibus. — ³⁾ Fr. 198 de uerborum significatione. — ⁴⁾ S. 123 Anm. 8. — Daher wird in Fr. 198 cit. der vom Haus umgebene Garten dem praedium urbanum zugerechnet. Von dem ususfructus insulae wird uns in Fr. 53 de usufructu (Iavolenus) gesagt, er hafte am ganzen Boden, so lange auch nur ein kleiner Theil des Hauses steht. — ⁵⁾ Verschiedene Auffassungen bei Jhering, Geist des römischen Rechts II, Anm. 357, und bei Schirmer, Zeitschrift für Rechtsgeschichte XII, S. 161 ff.

sie untergeht durch *rei mutatio*¹⁾. Nicht minder sind die Prädialservituten an das herrschende und an das dienende Sachindividuum gebunden: auch sie erlöschen nach *ciuile ius* durch *rei mutatio*²⁾. Wenn freilich die alte Sache rechtzeitig wieder zum Vorschein kommt, so entsteht die Servitut *ipso iure*³⁾, dagegen bringt der Wiederaufbau des zerstörten Hauses nicht *eandem rem sed aliam*. So das *civile ius*; der Prätor aber unterscheidet. Zwar für die Personalservituten hält auch er an der alten Strenge fest: weil sie in den Gehalt des Eigenthums besonders tief eingreifen, findet er keinen Grund für Begünstigung. Nicht so bei den sachlich ungleich weniger störenden *servitutes praediorum*: nach der Wiederherstellung giebt er hier unbedenklich *utilis actio*⁴⁾.

II. Schon nach *ciuile ius* kann das Genussrecht an der superficies einem anderen zustehen als dem Eigenthümer. Das geschieht nach dem Princip des dinglichen Rechts durch *usus-*

¹⁾ Fr. 5 § 2 *quibus modis usufructus*. a) Der *usufructus aedium* erlöscht mit dem Untergang des Hauses: Fr. 5 § 2. 12 *quibus modis*. b) Der *usufructus areae* erlöscht mit der Aufführung eines Hauses auf derselben: Fr. 5 § 3 *cit.* c) Der *usufructus fundi* erlöscht nicht durch die Zerstörung einer darauf befindlichen, nebensächlichen *uilla*; denn der Gegenstand des *Usufructus* ist derselbe geblieben: Fr. 8 *eod. tit.* —

²⁾ a) Wenn das herrschende *praedium urbanum* seine superficies verliert, so geht die Servitut *ciuiliter* unter: Fr. 20 § 2 *de seruitutibus praediorum urbanorum* (Paulus). Daher war es nicht ohne Bedeutung, wenn man die einem Weinberg bestellte Servitut nicht als der superficies zustehend betrachtete. Fr. 13 *de seruitutibus praediorum rusticorum* (Iauolenus) lautet bei Mommsen: „Certo generi agrorum adquiri seruitus potest, uelut uineis, quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet. igitur sublatis uineis seruitus manebit —“. Ich glaube, es sei zu interpungiren: „uelut uineis; quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet, igitur —“. b) Ebenso tritt nach *ciuile ius* der Untergang der Servitut ein mit Beseitigung des dienenden *praedium urbanum*: Fr. 31 *de seruitutibus praediorum urbanorum* (Paulus). — ³⁾ Das ist möglich bei der *area*: Fr. 36 *pr. de usufructu* (Africanus). — ⁴⁾ 1. Bei den *seruitutes praediorum urbanorum* giebt der Prätor *utilis actio* a) nach Wiederherstellung des dienenden Grundstücks: Fr. 31 *pr. de seruitutibus praediorum urbanorum* (Paulus); b) nach Wiederaufbau der superficies des herrschenden: Fr. 20 § 2 *eod. tit.* (Paulus); die Worte „*utilitas exigit, ut idem intellegatur*“ befürworten offenbar die *utilis actio*. 2. Bei dem *usufructus* versagt der Prätor diese *utilis actio*: Fr. 20 § 2 *cit.*; Fr. 5 § 2 *quibus modis* (Ulpianus).

fructus aedium; von dem Eigenthum an dem Grundstück ist das Genussrecht zeitweise abgelöst und auf ein anderes Subject übertragen. Dagegen nach dem Princip der Obligation, insbesondere in Gestalt der locatio conductio aedium, bleibt das Genussrecht im Eigenthum; der Eigenthümer räumt dem andern lediglich in Form der persönlichen Verpflichtung die Befugniss ein, dieses fremde Genussrecht im eigenen Interesse auszuüben.

Folgende, bei der locatio conductio geltende Sätze gehören hierher:

1. Das Recht des conductor besteht darin, dass er von dem locator das „re frui licere“ verlangen kann: das ist die durchaus gewöhnliche Bezeichnung sowohl bei dem Landpacht als bei der Hausmiethe¹⁾. Wird dem entsprochen, so erhält der conductor die Detention dann, wenn der gemiethete Gegenstand sich dazu eignet. Das ist der Fall bei der Miethe eines praedium, sei es rusticum oder urbanum²⁾; das ist nicht der Fall bei der Miethe eines integrirenden Theils, so eines Zimmers, eines Stockwerkes, der superficies ohne den Boden³⁾.

¹⁾ „Re frui“ ist der allgemeine Ausdruck bei einer jeden Sachmiethe: C. 6 de locatione et conductione: „rem fruendam alicui locare“; er findet sich für Haus- und Grundstücksmiethe zugleich: Fr. 9 pr. locati conducti; insbesondere bei fundus, ager, locus: Fr. 9 § 1 Fr. 15 § 1. 2. 8, Fr. 24 § 4. 5 eod. tit.; Fr. 13 § 30 de actionibus empti; Fr. 16 de liberatione legata; Fr. 1 de loco publico fruendo [Quo minus loco publico, quem is cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locauit]; bei domus, insula: Fr. 7, Fr. 8, Fr. 9 pr., Fr. 35 pr. locati conducti. Parallelausdruck „uti“: Fr. 27 pr., Fr. 28 pr. eod. tit.; specialisirt „habitare“: Fr. 7, Fr. 8, Fr. 25 § 1 eod. tit.; Fr. 13 § 30 de actionibus empti; Fr. 3 § 3 uti possidetis. — ²⁾ Der conductor (colonus, inquilinus) hat die eigentliche possessio nicht: Fr. 6 § 2 de precario; Fr. 3 § 3. 4. 7 uti possidetis; Fr. 33 § 1 de usurpationibus et usucapionibus. Aber er ist in praedio: Fr. 6 § 2 cit.; possidet domino: Fr. 60 § 1 locati conducti; naturaliter possidet: Fr. 7 § 11 communi diuidundo; endlich in ungenauer Rede heisst es von ihm geradezu „possidet“; Fr. 11 § 3 Fr. 15 § 1 locati conducti; C. 16 eod. tit. — ³⁾ Fr. 15 § 12 de damno infecto (Ulpianus): „— et extat Sabini sententia, in totas aedes mittendum: alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum, nec profuturum in possessionem eius rei mitti, quam quis possidere non possit aut ei non expediat. Cfr. Fr. 44 § 1 de obligationibus et actionibus (Paulus); Fr. 3 § 7 uti possidetis (Ulpianus).

2. Weil die *conductio* ein Recht an der Sache nicht erzeugt, deshalb entscheidet über die Zulässigkeit derselben lediglich die Möglichkeit des „*frui*“. Daher kann den Gegenstand der *locatio conductio* die superficies bilden ohne den Boden, desgleichen ein Stockwerk, ein einzelnes Zimmer¹⁾.

3. Weil der Eigenthümer, welcher vermietet hat, das Nutzungsrecht in seinem Eigenthum behält, deshalb kann er — allerdings nur unter Fortdauer seiner persönlichen Pflicht gegen den *conductor* — die vermietete Sache dem dritten zu vollem Eigenthum übertragen.

Weil die aus der *locatio conductio* hervorgehende Obligation lediglich für die Contrahenten vorhanden ist, deshalb hat sie dem neuen Eigenthümer gegenüber keine Bedeutung²⁾.

4. In der Natur des „*frui*“ liegt es, dass der *conductor* dasselbe nicht bloss in eigener Person vornehmen kann, sondern auch durch einen anderen. Das kann er insbesondere in der Form der ebenfalls nur unter den Contrahenten wirkenden *sublocatio*³⁾.

5. Der in dem „*re frui*“ von einem dritten gestörte *conductor* hat wider den Störer weder die *Contractsklage* — denn er hat nicht mit ihm contrahirt —; noch eine dingliche Klage, denn er hat kein dingliches Recht; noch endlich eine Klage wegen Störung im Besitz, denn er ist auch nicht Besitzer. Sein einziger privatrechtlicher Schutz liegt in der *actio conducti* wider den *locator*, welcher ihm zu dem „*re frui licere*“ verpflichtet ist⁴⁾.

6. Der Natur des von der *bona fides* geregelten *Contracts* entspricht es, wenn wir der Bestimmung begegnen, dass dem Vermiether das Recht der Austreibung dann zusteht,

¹⁾ Fr. 30 *locati conducti* (Alfenus); Fr. 11 § 5 *de pignoratitia actione* (Ulpianus). — ²⁾ Schliesst der Verkäufer mit dem Käufer einen Nebenvertrag des Inhalts, dass dieser den *conductor* gewähren lasse, so ist der Käufer nicht dem letzteren, sondern nur dem Verkäufer verpflichtet, und zwar *ex uendito*: Fr. 25 § 1 (Gaius), Fr. 32 (Iulianus), Fr. 33 (Africanus) *locati conducti*; C. 9 *de locato et conducto* (Alexander); Fr. 59 § 1 *de usufructu* (Paulus); Fr. 13 § 30 *de actionibus empti* (Ulpianus). — ³⁾ Dieselbe hat sich aus der Natur des Geschäfts selber entwickelt, sie bedurfte keiner gesetzlichen Sanction. — ⁴⁾ Fr. 25 § 1 (Gaius), Fr. 32 (Iulianus), Fr. 33 (Africanus) *locati conducti*. Vgl. Fr. 18 § 4 *de damno infecto*.

wenn der Miether den Miethzins durch lange Zeit schuldig geblieben ist. Unter langer Zeit wird der Ablauf eines *bien-nium continuum* verstanden¹⁾.

7. Die Grenze zwischen *locatio conductio* und *emptio venditio* war zur Zeit der classischen Juristen nicht zweifellos. Gaius²⁾ hebt drei Fälle hervor, in welchen der Zweifelsgrund der gleiche ist, nämlich der materiell auf Veräußerung gerichtete Inhalt einer formell abgeschlossenen Location. Hierher gehört der von Gaius an erster Stelle besprochene Fall „*veluti si qua res in perpetuum locata sit*“. Die Frage war: ist in dieser Unvergänglichkeit des auf die Erben und gemäss dem Princip der *sublocatio* auf die Singularsuccessoren übergehenden³⁾ persönlichen Nutzungsrechts eine mindestens partielle Veräußerung der Sache selber zu erkennen oder nicht. Als Beispiel dieses Falles nennt Gaius die Verpachtung städtischer Grundstücke auf so lange Zeit, als der Zins richtig werde bezahlt werden. Unter dieselbe Kategorie fällt auch die auf die Dauer zu dem Zweck abgeschlossene Bodenmiethe, damit der Miether darauf ein Haus errichte, und vielleicht haben wir einen Hinweis auf die verschiedene Auffassung dieses Falles von Seiten der römischen Juristen in einer gelegentlichen Aeusserung Ulpian's⁴⁾ zu erkennen. Jedenfalls sagt uns Gaius a. a. O., dass sich die überwiegende Zahl der Juristen für die Auffassung als *locatio conductio* entschieden habe, und in diesem Sinne sind die Pandekten excerptirt.

8. Den Sprachgebrauch anlangend, so ist die gewöhnliche Bezeichnung *locatio et conductio*, auch mit Weglassung der Copula. Für die Sonderbedeutung der beiden Worte ist zu

¹⁾ Fr. 54 § 1 (Paulus), Fr. 56 (Paulus libro singulari de officio praefecti vigiliis) locati conducti. Ueber den Ursprung des Satzes ist mir nichts bekannt; die Inscription der zweiten Stelle scheint auf die Satzung einer Behörde hinzuweisen. — ²⁾ Gaius 3 § 145—147. —

³⁾ Gaius gedenkt nur des Uebergangs auf die Erben; dagegen der auf Gaius beruhende § 8 I. de locatione et conductione fügt hinzu „*cuiusue conductor heresue eius id praedium uendiderit rel.*“ und gerade in dieser Veräußerungsmöglichkeit erkennt Theophilus die Aehnlichkeit mit dem Kauf. — ⁴⁾ In Fr. 1 § 1 de superficiebus schreibt der Jurist: *Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnexus est; nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest.*

bemerken, dass sie früher unterschiedslos gebraucht wurden¹⁾: eine Freiheit im Ausdruck, welche noch bei den classischen Juristen sich gelegentlich findet²⁾ und woraus sich erklären wird, dass die Willkür des Sprachgebrauchs bei der *locatio operis* sich in anderer Weise fixirte als bei der *locatio rerum et operarum*.

II.

Ausgangspunkt der prätorischen Entwicklung.

I. Der erörterte Grundsatz, wonach der Miether, gemäss der persönlichen Natur seines Rechts, nur gegen den Vermiether klagen kann, nicht aber gegen den dritten Störer selber, musste sich in manchen Fällen als eine innerlich nicht gerechtfertigte Einschränkung erweisen. Einmal für den Miether, der dadurch herbeigeführten Abhängigkeit wegen; sodann für den Vermiether selber, weil die Pflicht des Eintretens für einen anderen als eine Last empfunden wurde³⁾.

Da das *ciuile ius* sich selbst zu corrigiren keine Anstalt traf, so war es, wie gewöhnlich, der Prätor, welcher sich zur Abhilfe berufen fühlte. Er that das in der ihm eigenthüm-

¹⁾ Fr. 19, Fr. 20 de actionibus empti. Eine ähnliche Bewandniss hat es mit dem deutschen Wort „leihen“. — ²⁾ Namentlich Ulpian in Fr. 45 de regulis iuris; Fr. 9 § 3, Fr. 15 § 9 locati et conducti. Es besteht daher kein Grund dafür, dass in Fr. 30 pr. eod. tit. (Alfenus) das Wort „conduxit“ in „locavit“ umgewandelt werde. — ³⁾ Auf eine analoge Entwicklung weist das SC. Trebellianum hin, wenn es beginnt: „Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his [Mommsen schiebt ein „eas lites“; einfacher und diplomatisch wahrscheinlicher „ea“] eos subire, in quos ius fructusque transferretur, potius quam cuique periculosam esse fidem suam —“. Namentlich war es der Staat, welcher sich von derartigen Lasten besonders gern frei machte. Das ist z. B. der Grund, weshalb lediglich wer vom Fiscus eine Erbschaft kauft, als Universalsuccessor behandelt wird: C. 1 de hereditate uendita (Seuerus). Andererseits besteht im vorliegenden Fall ein Unterschied der Behandlung. Durch Anerkennung der Universalsuccession befreit das *ciuile ius* den bis dahin belasteten heres vollständig. Dagegen wird durch Einführung des prätorischen *interdictum de superficie* und die sich anschliessende prätorische *in rem actio* der locator von seinen civilen Verbindlichkeiten nicht befreit: der Prätor will das *ciuile ius* hier nicht corrigiren, er ergänzt es.

lichen Art, d. h. nicht durch Aufstellung eines gegensätzlichen, allgemeinen Princip, sondern lediglich für zwei besondere Fälle, welche er für vorzugsweise dringliche erachtete und zugleich vollständig übersah. Da nämlich, wo es sich um *praedia rustica* handelte, führte die Entwicklung von der *civilen locatio conductio* zu dem prätorischen Rechte an dem *ager uectigalis*; da, wo *praedia urbana* in Frage standen, von demselben *civilen Rechtsgeschäft* zu dem prätorischen Rechte an der *superficies*.

II. Das letztgenannte Institut hat zu seinem natürlichen Ausgangspunkt den Fall, wo jemand auf dem fremden, zu diesem Zweck gemietheten Grundstück ein Gebäude errichtete. Dass in der That hier der Anfang der Dinge zu suchen sei, dafür zeugt der Umstand, dass dieser Fall zu allen Zeiten als der normale angesehen wurde. Paulus¹⁾ bezeichnet den *superficiarius* als denjenigen,

„qui in conducto solo superficiem imposuit“.

Damit stimmt Gaius offenbar überein, wenn er sagt²⁾:

*Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt*³⁾.

Endlich und ganz besonders folgt es daraus, dass das Miethgeld des *Superficiars* technisch „*solarium*“ genannt wird⁴⁾, also Entgelt für den Genuss⁵⁾ des Bodens⁶⁾.

¹⁾ Fr. 18 § 4 de damno infecto. — ²⁾ Fr. 2 de superficiebus. —

³⁾ Dass auch hier der *conductor* als der Erbauer gedacht sei, folgt aus dem Umstande, dass er als *solus conductor* betrachtet wird. Dagegen in der Definition, welche in Fr. 74 de rei uindicatione Paulus vom *superficiarius* gibt, wird die Frage nach dem Erbauer offen gelassen: „Id est qui in alieno superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet“.

— ⁴⁾ Das ist die gewöhnliche Bezeichnung: Fr. 15 qui potiores; Fr. 39 de legatis I; Fr. 2 § 17 ne quid in loco publico; Fr. 7 § 2 de usufructu [die Florentina hat hier „*salarium*“, aber Ulpian schrieb zuverlässig „*solarium*“; cfr. Mommsen ad h. l.]. Ferner findet sich der Ausdruck in der Urkunde des aedificium Puteolanum vom zweiten Jahrhundert n. Chr. bei Bruns-Mommsen p. 284 und in der des Adrastus ebenda p. 284. 285. Vollkommen gleich ist die Bezeichnung als „*merces soli*“: Fr. 17 de pignoratitia actione. Natürlich passt hier auch der allgemeine Name „*pensio*“: Fr. 74 de rei uindicatione; Fr. 39 § 2 de damno infecto; C. 1 de diuersis praediis. Endlich wird das *solarium* als ein besonderer Fall des *uectigal* aufgefasst: Fr. 2 § 17 cit. —

⁵⁾ Uebrigens ist auch derjenige, der als *conductor soli* das Haus gebaut

III. Nun wird man allerdings wenig geneigt gewesen sein, Häuser auf fremden Grundstücken zu erbauen unter der Herrschaft des *ciuile ius*, welches dem Pächter gar kein Recht am Gebäude einräumt. Dennoch gibt es einen Fall, wo einerseits der Boden häufig überhaupt nicht käuflich zu haben ist und wo andererseits die Gefahr unbilliger Austreibung zurücktritt: so ist es bei den dem Staat oder einer Gemeinde gehörigen Ländereien. Wie es nun bei der *Emphyteuse* feststeht, dass ihre Anfänge in den Pachtungen von *ager publicus* zu erkennen seien, so weist auch bei der *Superficies* die Ueberlieferung auf den analogen Entwicklungsgang hin ¹⁾.

Zwar die Behauptung, dass der älteste hierher gehörige Fall in der *lex Icilia de auentino publicando* vom Jahre 297 zu erkennen sei ²⁾, wird heutzutage nur noch wenige Gläubige finden. Wohl aber wird den *tabernae*, welche das Forum umgaben, ein frühes Beispiel zu entnehmen sein. Denn die um das Jahr 550 d. St. wieder aufgebauten, sogenannten *septem seu plebeiae tabernae*, welche später *quinque tabernae* genannt werden, desgleichen die *argentariae*, standen in öffentlichem Eigenthum, wurden jedoch einzelnen Privatleuten nach den Grundsätzen der *Superficies* überlassen ³⁾. Ein sicheres

hat, „*inquilinus*“; denn er bewohnt das einem anderen zugehörige Haus und bezahlt *merces*: Fr. 3 § 3 de *operis noui nuntiatione*. — ¹⁾ Auch Seneca betrachtet diesen Fall als den selbstverständlichen, wenn er in ep. 88 schreibt: „*Philosophia nihil ab alio petit, totum opus a solo excitat: mathematica, ut ita dicam, superficialia est, in alieno aedificat*“.

¹⁾ Vgl. Degenkolb a. a. O. § 17. — ²⁾ So Puchta, *Institutionen* § 254, mit Berufung auf *Liuius* 3, 31 ff., *Dionys.* 3, 67. Wie in diesem Fall das rechtliche Verhältniss gestaltet war, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls ist im Jahre 297 d. St. an das prätorische Recht der *superficies* nicht zu denken. — ³⁾ a) Die ältesten, von *Tarquinius Priscus* erbauten *tabernae* standen im Privateigenthum, gleich den Häusern des Forum: *Liuius* 1, 35; 9, 40; *Dionys.* 3, 67. b) Ebenso wurden diejenigen *tabernae*, welche der Censor M. *Fulvius* im Jahre 575 auf dem *forum piscatorium* erbaute, an Privatleute verkauft: *Liuius* 40, 51. c) Anders stand es um die gegen Mitte des sechsten Jahrhunderts von zwei *aediles plebis* erbauten „*septem tabernae*“, welche nach ihren Erbauern auch „*plebeiae*“ genannt werden und späterhin, offenbar wegen irgend eines öffentlichen Interesses in der Zahl reducirt (vgl. *Liu.* 39, 44), den Namen „*quinque tabernae*“ führen: *Liuius* 26, 27;

Beispiel bringt Frontinus¹⁾, wenn er mittheilt, dass längs der Wasserleitungen eine Reihe von dem Staat zu Zins (uectigal) verpflichteten Häusern auf öffentlichem Boden standen; denn zuverlässig ist es nicht der Staat, der jene als etwaiger Bauspeculant erbaute. Einen anderen ganz sicheren Fall aus dem Jahre 193 nach Christus überliefern die uns erhaltenen, auf den Freigelassenen Adrast bezüglichen Urkunden²⁾. Diesem nämlich, der den Posten eines procurator columnae Diui Marci inne hatte, wird in jenen die Erlaubniss ertheilt, auf dem betreffenden öffentlichen Boden ein Wärterhaus zu erbauen gegen Entrichtung eines solarium. Dass es sich dabei keineswegs um ein vereinzeltes Vorkommniss handele, ergibt sich aus den in der Ueberschrift wiederholten Worten der Rationalen „praestaturum secundum exemplum ceterorum solarium“.

Wie der Staat, so pflegten auch die Städte nach staatlichem Muster an ihren Grundstücken das Recht der superficies einzuräumen. So hatte, etwa gegen Ende des zweiten Jahrhunderts, Atimetus von der Stadt Puteoli das Recht erhalten, gegen Entrichtung des üblichen solarium ein Gebäude auf städtischem Boden zu errichten³⁾.

Festus s. u. plebeias. — Diese septem tabernae, desgleichen die argentariae, welche man später nouae nennt, bleiben in öffentlichem Eigenthum; das beweist Livius, wenn er nach der Mittheilung, dass die genannten tabernae damals abgebrannt seien, fortfährt: „Comprehensa postea priuata aedificia“; und damit stimmt Livius 27, 11. Die genannten tabernae wurden aller Wahrscheinlichkeit nach sehr bald nach superficialischem Recht behandelt, so dass von ihnen galt, was Ulpian in Fr. 32 de contrabenda emptione erklärt: Qui tabernas argentarias uel ceteras, quae in solo publico sunt, uendit, non solum sed ius uendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad priuatos pertinet.

¹⁾ Frontinus, de aquis urbis Romae II, 118: commodata publicae familiae exonerantur uectigalium redditu ad ius aquarum pertinentium. ea constant ex locis aedificiisque quae sunt circa ductus et castella aut munera aut lacus. Cfr. C. 130. — ²⁾ Bruns-Mommsen, fontes iuris romani antiqui, p. 284; Rudorff in Savignys Zeitschrift, Bd. 11, S. 219 ff.; Mommsen, ebenda Bd. 15 S. 335 ff. — ³⁾ Bruns-Mommsen l. l. Dazu Degenkolb in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 474 ff. Die Stadtgemeinde gibt ihre Zustimmung dazu, dass das bedungene Recht der superficies unter Beseitigung des solarium in ein anderweitiges, auf die Lebensdauer des Atimetus beschränktes Recht verwandelt werde. Der Inhalt desselben wird be-

IV. Man hat angenommen, dass in derartigen Fällen der Parteiwille über das hinausgegangen sei, was nach *ciuile ius* möglich, nämlich auf Begründung des Eigenthums an der superficies, so dass das hierher gehörige prätorische Edict als ein Product der Vermittelung erscheine¹⁾. Von dem Vorkommen eines solchen, die Grenzen des *ciuile ius* überschreitenden Privatwillens wissen die Quellen nichts; die Betreffenden haben vielmehr im Vertrauen auf die Redlichkeit des anderen Theils ein derartiges Unternehmen gewagt trotz dem unzureichenden Rechtsschutz. Nur davon sprechen, wie in anderen Fällen, die Pandekten, dass es der Prätor für angemessen erachtet habe, im öffentlichen Interesse einen weiteren Schutz zu gewähren²⁾.

Was das hierher gehörige Edict betrifft, so befinden wir uns — anders als bei dem *ager uectigalis* — in der günstigen Lage, dasselbe seinem Wortlaute nach zu besitzen. Nach der Florentina hat es folgende Fassung:

Uti ex lege locationis siue conductionis superficie, qua de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero fruimini, quo minus fruamini, uim fieri ueto. ³⁾ si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.

Klar ist, dass hier für denselben Gegenstand zwei wesentlich verschiedene Anordnungen getroffen werden. Den Anfang macht die Formel eines Interdicts, wie es zur Zeit des lebendigen prätorischen Rechts vom Magistrat auf Antrag einer Partei gegen beide in mündlicher Rede zu erlassen war. Darauf folgt das allgemeine Versprechen, dass, wenn irgend

zeichnet als „*usus et fructus potestasque aedificii sui*“. Seine ursprüngliche Auffassung, dass hiernach das superficiarische Recht ohne *solarium* fortbestehen solle, hat Degenkolb, Platzrecht S. 42, wie ich glaube mit Grund, zurückgenommen. Andererseits geht, was dem *Atimetus* gewährt wird, durch den Zusatz der *potestas aedificii sui* über den *ususfructus* hinaus: welcher Natur das zu begründende Recht sei, darüber waren die Väter der Stadt vielleicht selber sich nicht vollkommen klar.

¹⁾ Wächter a. a. O. § 1. — ²⁾ Fr. 1 § 1 de superficiebus. —

³⁾ Vermuthlich ist das sonst übliche verbindende „Item“ durch Schreiberversehen hier ausgefallen: Fr. 1 pr. de publicanis; Fr. 1 pr. de tabulis exhibendis; Fr. 1 § 15 de cloacis; Fr. 2 ui bonorum raptorum; Fr. 2 pr. de incendio; Fr. 15 § 24 de iniuriis.

eine andere Klage zum Vorthail der superficies werde erbeten werden, dieselbe nach vorhergegangener causae cognitio zu ertheilen sei.

Die beiden Sätze sind nicht gleichzeitig entstanden. Das interdictum de superficie gehört nämlich, obgleich es das interdictum Uti possidetis zum Vorgänger hat, wie überhaupt das Institut der Interdicte, aller Wahrscheinlichkeit nach der Legisactionen-Zeit an. Dagegen der zweite Satz, jedenfalls später entstanden als der erste, stammt aus der Zeit des Formularprocesses; dafür spricht sein Inhalt, seine Fassung ¹⁾, endlich der Umstand, dass Paulus von den aliae actiones des Superficiars als von etwas redet, das noch nicht lange bestehe und namentlich jüngeren Datums sei als die Entwicklung bei den uectigalia praedia ²⁾.

Ist die Reihenfolge der Entstehung begründet, so ergibt sich, dass es nicht zulässig sei, die Vorschrift des zweiten Satzes zur Interpretation der Interdictenformel zu benutzen.

III.

Interdictum.

I. Das interdictum de superficie erweist sich als eine Nachbildung des Uti possidetis; was wir erkennen müssten auch ohne die ausdrückliche Bemerkung Ulpian's in Fr. 1 § 2 h. tit. ³⁾:

¹⁾ Der zweite Satz bezeichnet die vorhergehende Formel des Interdicts als „actio“: das hat der Prätor sicherlich erst in späterer Zeit gethan. — ²⁾ In Fr. 16 § 2 de pignoratitia actione sagt derselbe: „Etiam uectigale praedium pignori dari potest: sed et superficarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur“. — Niegolewski, p. 22, folgert aus dieser Mittheilung mit Unrecht das spätere Entstehen des ganzen superficiarischen Rechts überhaupt; das Interdict ist keine utilis actio, das sind lediglich die „aliae actiones“ des Edicts. Mit gleicher Grundlosigkeit beruft sich derselbe auf Fr. 13 § 8 de damno infecto, eine Stelle, die sich gar nicht auf das Alter der prätorischen superficies, sondern darauf bezieht, dass unter anderen dem Superficiar das Recht auf die cautio damni infecti erst spät eingeräumt wurde. — ³⁾ Unter diesen Umständen weiss ich nicht, wie Rudorff (in Savignys Zeitschrift XI S. 230) zu der Behauptung kommen konnte, erst die Compilatoren haben den falschen Schein der Verwandtschaft beider Interdicte hervorgerufen.

Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti
 Uti possidetis. tuetur itaque Praetor eum, qui super-
 ficiem petit, ueluti Uti possidetis interdicto —

und er sagt das mit dem Hinzufügen:

omnia quoque, quae in Uti possidetis interdicto ser-
 uantur, hic quoque seruabuntur.

Die Aehnlichkeit liegt zunächst in der allgemeinen Structur
 beider, welche nach der Florentina lauten:

Uti eas aedes, quibus de agitur, nec ui nec clam nec
 precario alter ab altero possidetis, quo minus ita pos-
 sideatis, uim fieri ueto.

Uti ex lege locationis siue conductionis superficie, qua
 de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero
 fruamini, quo minus ¹⁾ fruamini, uim fieri ueto.

Insbesondere tritt die Uebereinstimmung hervor in der pro-
 hibitorischen Form ²⁾, in der Duplicität ³⁾, in der exceptio und

¹⁾ Längst hat man erkannt, dass hier, wahrscheinlich durch Schreiberversehen, „ita“ ausgefallen sei. — ²⁾ Wie war die Lage der Dinge beschaffen, bevor der Prätor in seinem Edict die Interdicte proponirte? Die einfache Antwort geht dahin, dass wir davon nichts wissen, also nur Vermuthungen aufstellen können. Es gibt zwei Möglichkeiten. Die eine besteht darin, dass rechtlich überhaupt noch nicht gesorgt wurde. Das ist keineswegs absolut unwahrscheinlich, denn das älteste römische Recht war jedenfalls lückenhaft, wie überhaupt jedes beginnende: lange Zeit gab es impuberes sui iuris, welche einen tutor gar nicht erhalten konnten; auf dem Gebiete des Erbrechts gehörten die bona uacantia im eigentlichen Sinne zu den gewöhnlichen Erscheinungen des Tages; die Selbsthilfe war bis in die Kaiserzeit hinein straflos. — Eine zweite Möglichkeit führt dazu, dass in den später durch Interdicte geregelten Fällen König oder Consul sofort selber untersuchten und entschieden (extra ordinem cognoscere, nach dem späteren Sprachgebrauch). Für diese zweite Möglichkeit entscheidet sich Keller. Beide stehen einander etwa gleich: nur dagegen muss Verwahrung eingelegt werden, dass diese angeblichen magistratischen Cognitionen als die ältesten Interdicte bezeichnet werden. Zwischen extraordinaria cognitio und interdictum besteht vielmehr eine principielle Verschiedenheit. Denn während jene die nach untersuchter Sache erfolgende definitive Entscheidung ist, beruht das Wesen des Interdicts in dem Erlass vor untersuchter Sache: und gerade deshalb ist dieser Erlass nothwendiger Weise ein bedingter. — Was Keller als eine nebensächliche Hypothese hinstellt, woraus er als vorsichtiger Forscher sich hütet weitere Folgerungen zu ziehen, das wird als die

darin, dass auch das *interdictum de superficie* ein *in praesens relatum* sein muss. Allerdings stimmt zu dieser Behauptung

positive Grundlage neuer, angeblicher Entdeckungen behandelt in einer vielfach seltsamen, in einigen Punkten schon von Ubbelohde rectificirten Schrift, welche nicht sowohl aus den Quellen schöpft, als vielmehr diese für vorgefasste Meinungen zurecht macht: Emil Pfersche, *Die Interdicte des römischen Civilprocesses*, 1888. Hier mag die darin niedergelegte Auffassung der prohibitorischen Interdicte besprochen werden. Von diesen wird behauptet, dass sie zu ihrer Wirksamkeit eine vom Beklagten vorgenommene, schon zur Zeit des Erlasses vorhandene Verletzung verlangen: was schliesslich zu der beneidenswerthen Entdeckung führt, dass zwischen restitutorischen und prohibitorischen Interdicten ein eigentlicher Unterschied nicht bestehe (S. 125). Fragt man nach Beweisen, so wird es zunächst für ungeheuerlich erklärt, dass man so ohne weiteres durch obrigkeitliche Erlasse belästigt werden könne. Nun thut das freilich unsere Polizei ganz gewöhnlich. Ferner hat sogar das *ciuile ius* der Römer keinen Anstand genommen, ein solches ohne weiteres wirkendes und noch dazu *privates* Verbot anzuerkennen in Gestalt der *operis noui nuntiatio*. Gegen Missbrauch aber wird nachträglich gesorgt, bei dem letztgenannten Institut durch die Pflicht zur Ableistung des *iusiurandum calumniae* (Fr. 5 § 14 de *operis noui nuntiatione*), bei den Interdicten durch die *restipulatio*, welcher der Charakter der *poena temere litigantis* innewohnt und die daher, wo sie wegfällt, durch das *iudicium calumniae* ersetzt wird (Gaius IV, § 163. 174. 180). Das Hauptargument wird den Worten der *sponsio* entnommen „*aduersus praetoris edictum*“, denn darunter sei nicht das mündliche, in Form des Interdicts erlassene Verbot, sondern das vom Prätor proponirte Edict zu verstehen. Aber aus welchem Grund lässt sich der Prätor zu jenem mündlichen Verbot herbei, wenn sich der nachfolgende Process nicht um den Verstoss gegen dieses dreht, sondern um etwas ganz anderes? Und wo findet sich diese angebliche Edictsstelle? In den meisten Fällen enthielt das proponirte Edict das Formular zum Interdict und nichts weiter. Wo findet sich die Edictsstelle im Fall der *utilia interdicta* und inshesondere da, wo der Prätor ein solches ganz unabhängig von seinem Edict gewährt? Daher wird jene Schrift daran nichts ändern, dass die Mittheilung der classischen Juristen hierher gehöre, wonach „*aduersus praetoris edictum*“ gleich ist „*uetante praetore*“; eine Erklärung, welche niemanden verwundern wird, der es nicht ignorirt, dass die Beziehung des Wortes „*edictum*“ auf die schriftlichen Mittheilungen in dem *album praetoris* nicht die ursprüngliche, sondern eine abgeleitete Bedeutung ist. Jene Schrift wird ferner daran nichts ändern, dass man nur für die Zukunft verbieten kann, nicht für die Vergangenheit, und es wird für das classische Recht demgemäss dabei sein Verbleiben haben, dass bei dem aus dem prohibitorischen Interdict hervorgehenden Verfahren es sich lediglich

das „fruemini“ der Florentina schlecht; allein das Futurum verstösst nicht bloss gegen das Muster, sondern ist geradezu ohne Sinn; die Correctur „fruimini“ ist eine Nothwendigkeit¹⁾).

II. Was die Abweichungen des Interdicts von seinem Muster anlangt, so liegt die massgebende Differenz in der Bezeichnung des Gegenstandes. Während die hierher gehörige Form des Uti possidetis auf die aedes sich bezieht, also auf das Haus mit dem Boden, beschränkt sich das nachgebildete Interdict auf die superficies, also jedenfalls auf dasjenige, was, mit dem Boden fest verbunden, über denselben emporragt, mit Ausschluss des Bodens selber.

1) Ganz sicher ist die Anwendung des Interdicts auf die superficies im Sinne der superficiariae aedes²⁾. Da dieser Ausdruck jede Art von Gebäude umfasst³⁾, so gehören nicht nur die insulae hierher⁴⁾, sondern auch die domus⁵⁾.

2) Die Bedeutung von superficies geht über die superficiariae aedes weit hinaus. Klar ist von vornherein, dass in den Bereich des Interdicts keineswegs alles fallen könne, was jenem allgemeinen Begriff sich unterordnet; insbesondere nicht die superficies rei mobilis und ebensowenig eine jede superficies rei immobilis, z. B. Gras, Getreide. Gerade weil dem so ist, werden wir — anders als die herrschende Meinung thut — davon auszugehen haben, dass das römische Recht auf den in den Quellen allein hervorgehobenen Fall sich be-

um die Frage handle, ob dem vom Prätor mündlich ausgesprochenen Verbote zuwider gehandelt worden sei oder nicht. — ²⁾ Für die Duplicität des superficiariischen Interdicts wird der Grund kaum wo anders als in der Formulirung nach dem Muster des Uti possidetis zu suchen sein; denn der Fall, dass von zwei Parteien eine jede dieselbe superficies für sich ausschliesslich in Anspruch nahm, wird ein so seltener sein, dass er schwerlich besondere Berücksichtigung verdiente.

¹⁾ a) Nach der Florentina sagt der Prätor: „stört einander gegenwärtig nicht in demjenigen Genuss, welchen ihr künftig haben werdet“. b) Es gibt lediglich in praesens und in praeteritum relata interdicta, keine in futurum relata: Fr. 1 § 2 de interdictis. — ²⁾ Fr. 2 h. tit. — ³⁾ Fr. 9 de incendio. — ⁴⁾ Fr. 12 de publiciana; Fr. 9 § 4, Fr. 39 § 2 de damno infecto; Fr. 1 § 5 de ui. — ⁵⁾ Rudorff, S. 225, nimmt an, dergleichen sei nicht vorgekommen: die rechtliche Möglichkeit bestand jedenfalls.

schränke, also auf die *superficiae aedes*: es bestand damals schwerlich ein weiter gehendes Bedürfniss¹⁾).

3) Wir erkannten den Ausgangspunkt des superficiarischen Rechts in den Gebäuden auf öffentlichem Boden. Ist dasselbe auch auf den im Privateigenthum stehenden Boden angewendet worden? Ohne Zweifel. Das entscheidende Wort des Interdicts „*superficies*“ und seine Erklärung durch „*superficiae aedes*“ umfassen auch diesen Fall; Ulpian's Commentar enthält keine Beschränkung und es fehlt auch nicht an entscheidenden Quellenbeispielen²⁾).

4) Ist das Interdict anwendbar auf den Inhaber eines einzelnen Stockwerkes? Man bejaht das gewöhnlich. Einen Quellenbeweis gibt es meines Erachtens nicht³⁾. Das Stock-

¹⁾ Für das Recht an Bäumen z. B., wofür man die *superficies* ebenfalls in Anspruch nehmen will, wird den Römern das Institut des *ager uectigalis* genügt haben. — ²⁾ In Fr. 3 § 7 *uti possidetis* steht dem Superficiar ein Privatmann als Eigenthümer gegenüber. In Fr. 1 § 4 h. tit. erhebt der Eigenthümer des Grundstücks die *rei vindicatio* wider den Superficiar: auch ein Beispiel für den *unus casus*. — ³⁾ Nach meinem Dafürhalten bringt das viel besprochene Fr. 3 § 7 *Uti possidetis* [vgl. Degenkolb S. 222 ff. und die daselbst Citirten] keine Entscheidung der Frage. Der Text lautet bei Mommsen: „*Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto Uti possidetis me uti posse, Labeo ait, non eum, qui in coenaculo moretur: semper enim superficiem solo cedere. plane si cenaculum ex publico aditum habeat, uideri non ab eo aedes possideri, qui *κρίντας* possideret, sed ab eo, cuius aedes supra *κρίντας* essent. uerum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit: ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a praetore utetur [Vulg.: *utentur*].“ Die Stelle entscheidet für zwei Fälle die Frage, welcher von zweien, von denen ein jeder den ausschliesslichen Besitz des Hauses für sich in Anspruch nimmt, in der That der Besitzer sei. Erster Fall: ich besitze mit dem Boden den unteren Theil des Hauses, der Inhaber des oberen Theils behauptet ebenfalls Besitzer des Hauses zu sein: ich bin Besitzer des ganzen Hauses [dass unter dem „*qui in cenaculo quasi dominus moratur*“ nicht, wie viele meinen, der Superficiar zu verstehen sei, ergibt sich daraus, dass in Erwägung gezogen wird, ob diesem Manne das *Uti possidetis* zustehe oder nicht: für den Superficiar liess sich diese Frage gar nicht aufwerfen]. Zweiter Fall. Das Haus besteht, anders als im ersten Fall, lediglich aus *κρίντας* und *cenaculum* [das folgt daraus, dass hier *cenaculum* und *aedes* synonym gebraucht werden; *cenaculum* ist also hier die ganze *superficies*. Mit*

werk ist integrierender Theil der superficies: was von dem Ganzen gilt, gilt nicht nothwendig auch für diesen: und warum dann nicht auch für das einzelne Zimmer? Die Annahme entspricht nicht der geschichtlichen Entwicklung. Denn den Normalfall erkannte man zu allen Zeiten in der Errichtung des Gebäudes auf fremdem, gemietheten Boden: nun aber ist nicht Bodenmiether, wer ein Stockwerk auf das fremde Haus setzt. Ueberhaupt wird eine derartige Weise des Bauens zu den Dingen gehören, welche die Praxis verschmäht. Als man das Princip des superficiarischen Rechts auch auf vorhandene Gebäude erstreckte, hat man schwerlich daran gedacht, hier gelten zu lassen, was im Normalfall nicht möglich war. Offenbar hat auch die römische Praxis kein Bedürfniss der Ausdehnung nach dieser Seite hin empfunden; denn andernfalls

Recht hebt Degenkolb hervor, dass die von Sachverständigen uns überlieferten Beschreibungen des römischen Hauses keineswegs die wirklich vorgekommenen Formen desselben erschöpften]. a) Diese superficies hat einen Eingang von der Strasse her [dass man auf einer Treppe in das Obergeschoss hinaufsteige, davon ist keine Rede]: dann ist der cum animo domini das cenaculum Innehabende der Besitzer des ganzen Hauses; denn er beherrscht es. b) Die superficies hat keinen solchen Eingang, man gelangt also in dieselbe nur durch die *κρύπτειν*: dann ist der Inhaber der letzteren der Besitzer des Hauses, denn er hat die Verfügungsgewalt: ihm steht daher das interdictum Uti possidetis zu. Dagegen der Inhaber des Oberbaues bedient sich der dem Superficiar zustehenden Klagen: aber selbstverständlich nur dann, wenn er Superficiar ist [keineswegs jeder Bewohner des Oberbaues ist es]. Nach dieser Auffassung spricht die Stelle in ihrem entscheidenden Theil auch infolge des florentinischen Textes ebenso wenig von dem Rechte der superficies an einem einzelnen Stockwerk, als wenn man mit Savigny und Degenkolb der Vulgata folgend „uten-tur“ liess. [Uebrigens ist zuzugeben, dass durch die Correctur das Verständniss der Stelle sich vereinfacht.] — Das entscheidende Wort ist „ceterum“; es bedeutet hier, wie häufig „anderen Falls“, also im Zusammenhang der Stelle: „qui aditum ex publico non habet“. Bei dem genannten Worte wird der Gegensatz zum Vorhergehenden zuweilen besonders hervorgehoben, z. B. in Fr. 25 de rei vindicatione: „— sed hoc post litem contestatam, ceterum ante iudicium acceptum“; Fr. 6 de iniusto; Fr. 63 § 7 de furtis; Fr. Vat. § 161. 165; ebenso häufig fehlt die Hervorhebung des Gegensatzes, so dass derselbe aus dem Hervorgehenden subintelligirt werden muss; so in Fr. 5 § 4 de carboniano edicto, Fr. 15 § 33 de damno infecto, Fr. 15 § 7 de re iudicata, so endlich in unserem Fragment.

wäre es kaum erklärlich, dass derselben in dem Titel „locati conducti“ nicht gedacht wird.

5) Ist im concreten Fall des Interdicts diejenige superficies, um welche es sich handelt, näher zu beschreiben¹⁾? Das erscheint von vornherein wenig wahrscheinlich; denn es vermehrte die Geschäfte des Magistrats ohne Noth und hat bei der besonders für die Römer bestehenden Schwierigkeit einer genauen Beschreibung seine praktischen Bedenken. Im Gegentheil enthält der Zusatz „qua de agitur“ einen Hinweis auf die Feststellung in der Vorverhandlung; gerade wie bei dem interdictum de ui die Bezeichnung der Localität durch „unde“ auch bei der concreten Formulirung beibehalten wird²⁾.

III. Der zweite Unterschied besteht darin, dass, wo das Muster einfach sagt „possidetis“, das nachgebildete Interdict die Worte aufweist: „ex lege locationis siue conductionis frui mini“. Während mithin das Uti possidetis eigentliche possessio zur Voraussetzung hat, verlangt das de superficie das „frui“ und zwar in der Beschränkung der locatio conductionis.

Betrachten wir zuerst die Worte „ex lege locationis siue conductionis“.

1) Ulpian³⁾ gibt einen der Gründe für Einführung des Interdicts in den Worten Ausdruck: „et quia incertum erat, an locatio existeret“. Weil man geglaubt hat, das auf die Zweifelsfrage, ob die locatio in perpetuum nicht vielmehr als uenditio zu bezeichnen sei, beziehen zu müssen, vorzugsweise deshalb hat man die obigen Worte des Interdicts dahin verändern wollen: „ex lege locationis siue uenditionis“⁴⁾. Dagegen hat Mommsen mit Recht⁵⁾ eingewendet, dass die Aufnahme des letzten Wortes in die Formel des Edicts auch in diesem Falle keine Nothwendigkeit sei. Zu einer der-

¹⁾ Dazu neigt Degenkolb S. 54. — ²⁾ Das wird bewiesen durch Cicero pro Caecina 28, 80. — ³⁾ Fr. 1 § 1 h. tit. — ⁴⁾ So Puchta, Institutionen § 244; Rudorff in Savignys Zeitschrift XI S. 233, Edict § 294, Degenkolb § 3. Gegen die Veränderung erklären sich Wächter in der Anmerkung zu § 8, Mommsen zu dieser Stelle, Lenel, Edict S. 383. — ⁵⁾ Das interdictum de migrando z. B. bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf den Miethsmann; dem umsonst Wohnenden wird es als utile gegeben, also mit im einzelnen Fall modificirter Fassung: Fr. 1 de migrando.

artigen willkürlichen Textesveränderung ohne jede handschriftliche Unterlage darf man nur dann vorschreiten, wenn jeder andere Ausweg verschlossen erscheint. Erinnert man sich dagegen, dass der Sprachgebrauch von *locatio* und *conductio* lange Zeit schwankend war, dass weder die Formen der *legis actiones* noch selber die Gesetze es verschmähten, auf derartige Schwankungen ausdrücklich Rücksicht zu nehmen¹⁾, und dass gerade die Partikel „*sive*“ die in solchen Fällen übliche ist²⁾: so wird eine derartige Rücksichtnahme auch für das Edict des Prätors nichts auffälliges haben, sodass Ulpian's Worte den Sinn erhalten: „*incertum erat, utrum conductio an locatio existeret*“.

2) Wir finden in den Quellen anerkannt, dass das superficiarische Recht auch durch Kauf, Schenkung, Legat begründet werden könne. Wenn richtig ist, was später ausgeführt werden soll, nämlich dass alle diese Geschäfte den Abschluss der Location zum Gegenstand haben, so folgt, dass auch in diesen Fällen die Formel des Edicts bleibe, wie sie im Edict lautet, und dass mithin die Correctur „*uenditio*“ sogar in diesen Fällen sich als unbrauchbar erweist.

3) Den Ausgangspunkt bildet die Miethe des Bodens behufs der Errichtung eines Gebäudes auf demselben. Kann das besondere Recht an der superficies auch durch die Miethe der schon bestehenden *aedes* begründet werden³⁾?

Die Ausdehnung lag an sich deshalb nahe, weil der Miethsmann, zu den Fällen des abgeleiteten Besitzes nicht gehörend, an den possessorischen Interdicten keinen Antheil hat. Die Wortfassung des Interdicts begreift zweifellos auch diesen Fall, denn sie verlangt lediglich das „*frui superficie e lege locationis*“, um die Entstehung derselben sich nicht

¹⁾ Die Formel der *legis actio per manus iniunctionem* (Gaius 4, 21) beginnt mit den Worten: „*Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es*“ [ich finde keinen Grund, den Zusatz zu beargwohnen]; die *lex Rubria* sagt mit sprachlicher Vorsicht zweimal (l. 29, l. 39): „*ex lege Rubria seive id plebeiscitum est*“. Daher scheint mir der Einwand Degenkolb's (S. 25), dergleichen gehöre nicht in die Sprache des Gesetzes, der römischen Denkweise nicht entsprechend. — ²⁾ Dafür zeugen die Stellen der vorigen Anmerkung. — ³⁾ Das bejaht die herrschende Meinung: Wächter S. 76 ff.; es wird verneint namentlich von Degenkolb § 9.

bekümmern. Von einer restrictiven Interpretation der römischen Juristen wissen wir nichts, sie bezeichnen vielmehr den Superficiar als *inquilinus*¹⁾, Ulpian bezieht das Interdict auf den *qui conduxit superficiem*²⁾, endlich fehlt es nicht an historischen Beispielen. So erzählt Liuius, dass im Jahre 545 der Staat es ist, der die das Forum umgebenden *tabernae* wiederaufbaut³⁾, obgleich sie, wie wir gesehen haben, dem Recht der *superficies* sicherlich unterstanden⁴⁾. Auch in dem Fall, wo der Privatmann, welcher ohne Berechtigung auf öffentlichem Boden gebaut hatte, nachträglich vom Staat als Superficiar angenommen wird, entsteht das prätorische Recht an einem schon vorhandenen, in fremdem Eigenthum stehenden Gebäude⁵⁾.

IV. Was bedeutet „*ex lege locationis siue conductionis frui*“?

1) Zur Beantwortung dieser Frage haben schon andere, namentlich Degenkolb, das *interdictum de loco publico fruendo* mit Recht in Vergleich gezogen:

Quo minus loco publico quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locauit, ei qui conduxit socioue eius ex lege locationis frui liceat, uim fieri ueto.

Demnach besteht bei diesem Interdict, soweit die Sache hierher gehört, eine zweifache Begrenzung:

a) das Interdict steht dem Pächter selber und seinem *socius* zu⁶⁾;

b) diesen beiden steht es nur zu, insoweit sie den Genuss innerhalb der contractmässigen Grenzen beanspruchen⁷⁾.

¹⁾ Fr. 3 § 3 de operis noui nuntiatione. — ²⁾ Fr. 1 § 1 de superficibus. — ³⁾ Weil der Staat der Eigenthümer war, deshalb behandelte der Staat den Wiederaufbau als seine Angelegenheit: Liuius 27, 11. — ⁴⁾ S. Abschnitt II, S. 133 Anm. 3. — ⁵⁾ Bei einem derartigen Vorkommniss entscheidet der zuständige Magistrat darüber, ob das öffentliche Interesse die Wegnahme des betreffenden Gebäudes erfordere oder die Einräumung des superficiarischen Rechts gestatte: Fr. 3 § 17 ne quid in loco publico; Fr. 5 § 1 de operibus publicis; C. 1 de diuersis praediis. Vergl. Liuius 39, 44; 43, 16. — ⁶⁾ Darin liegt eine Berücksichtigung der *societas publicanorum*; der *socius* hat das Interdict aus eigenem Recht, nicht erst als ein aus der Person des conductor abzuleitendes. — ⁷⁾ Fr. 1 § 3 de loco publico fruendo (Ulpianus): Ait praetor „quo minus e lege locationis frui liceat“. me-

Die erste ist eine subjective Schranke (*causa possessionis*), die zweite eine objective.

Bei dem *interdictum de superficie* besteht nur die zweite Schranke, nicht die erste. Das wird vollkommen bestätigt durch Fr. 1 § 2 h. tit.:

tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, ueluti uti possidetis interdicto, neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat; unum tantum requirit, num forte ui clam precario ab aduersario possideat.

Demnach genügt es, wenn der Kläger sich so im Genuss befindet, wie derselbe im Contract geordnet ist [objective Schranke]; gleichgiltig dagegen ist die Art, wie er in den Genuss gelangte; nur die subjective Schranke besteht, gemäss dem Musteredict, dass der Genuss dem processualischen Gegner gegenüber nicht vitiös sein darf. Ein Resultat, welches der freien Natur der *locatio conductio* vollkommen entspricht.

2) Gehört zu dem „*frui ex lege locationis*“ die gehörige Entrichtung des Zinses? Das behauptet man gewöhnlich, jedoch mit der Modification, dass dieselbe nur gegenüber dem dominus in Frage komme, nicht aber gegenüber demjenigen Beklagten, welcher kein Recht auf den Empfang hat. Aber abgesehen davon, dass die Frage, wer der dominus sei, bei diesem Interdict indifferent erscheint, ist daran zu erinnern, dass der den Miethzins nicht Zahlende nach wie vor „*e lege locationis fruitur*“ und zwar bis zu dem Zeitpunkte, wo der Vermiether das Recht der Austreibung erlangt und davon Gebrauch gemacht hat.

V. Was bedeutet *frui e lege locationis*?

1) Bekanntlich behaupten gewichtige Stimmen, der *Superficiar* habe *corporis possessio*: dann ist *frui* gleich *possidere*. Aber, wenn dem so wäre, warum bedient sich der Prätor zur Bezeichnung des Sachbesitzes statt des üblichen Wortes eines anderen, das diesen Sachbesitz nicht bezeichnet? Ja, warum lässt er sich dann nicht auch hier mit dem gewöhnlichen *Uti possidetis* genügen? Entscheidend erscheint der Umstand,

rito ait „*e lege locationis*“. *ultra legem enim uel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat.*

dass der Superficiar gar nicht Sachbesitzer ist; denn da dem dominus diese Qualität zukommt, so unterliegt in dem Uti possidetis jener diesem: eben weil er nicht Besitzer ist ¹⁾).

2) Nach der herrschenden Meinung bezeichnet „frui“ die iuris quasi possessio des das prätorische dingliche Recht an der superficies in Anspruch Nehmenden. Wie sich das freilich konstruiren lasse, darüber befindet man sich sichtlich in Verlegenheit.

Niegolewski ²⁾ will das Wort „frui“ dadurch beschränkend erklären, dass er den folgenden selbstständigen Satz des Edicts „si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo“ auf die Formel des Interdicts zurückbezieht, d. h. er erstreckt die Nothwendigkeit der die conductio non ad modicum tempus verlangenden causae cognitio auch auf das Interdict. Das ist historisch unmöglich, wenn dieser zweite Satz in der That später entstanden ist als das Interdict. Das ist, selbst wenn beide Sätze gleichzeitig Aufnahme in das Edict gefunden haben sollten, sprachlich deshalb schlechthin unmöglich, weil die causae cognitio nur für die „aliae actiones“ verlangt wird, also gerade nicht für das Interdict.

Puchta ³⁾ gelangt auf einem anderen Wege zu demselben Resultat, nämlich durch die Behauptung, das bei den aliae actiones ausdrücklich hervorgehobene Erforderniss der causae cognitio liege bei dem Interdict in den Worten „ex lege locationis siue conductionis“ verborgen: als ob nur, wer auf lange Zeit gemiethet hat, und nicht jeder Miether sein Recht nach den Bestimmungen des Contracts auszuüben hätte.

Beide, Niegolewski und Puchta, machen, ein jeder auf seinem Wege, das Interdict zu einem rei persecutionem continens⁴⁾, vielleicht ohne es selber zu bemerken. Wer das Interdict für ein quasi possessorisches hält, muss sich mit dem Dasein des animus quasi possidendi begnügen, also gerade

¹⁾ Fr. 3 § 7 uti possidetis (Ulpianus): dominus autem soli tam aduersus alium quam aduersus superficarium potior erit in interdicto Uti possidetis, sed praetor superficiarum tuebitur secundum legem locationis. — ²⁾ A. u. O. S. 22. 58. 59. — ³⁾ Institutionen II § 244. —

⁴⁾ Fr. 2 § 2 de interdictis.

ohne die *causae cognitio* zu verlangen, welche auf das Dasein des prätorischen Rechts selber gerichtet ist.

3) „*Frui*“ ist, wie oben zu entwickeln war, der ganz gewöhnliche Ausdruck für Ausübung derjenigen Befugnisse, welche der Miethcontract dem Miether verleiht; „*superficie ex lege locationis frui*“ heisst einfach „im Genuss des Gebäudes sich befinden gemäss dem Miethcontract“. Da der Geniessende in dem ursprünglichen Fall Miether des Grund und Bodens ist, so äussert sich der Genuss in der Detention des Grundstücks, also in dem *possidere* im weiteren Sinne¹⁾. Wer sich daher ohne vorgefasste Meinung der Formel des *Interdicts* hingibt, der wird einfach sagen: geschützt wird ein jeder, welcher die *superficies* inne hat gemäss dem Miethcontract.

Dafür bringt das *interdictum de loco publico fruendo* eine angemessene Analogie. Dasselbe verlangt vom Kläger genau dasselbe „*frui*“ wie das *interdictum de superficie*; darunter aber versteht es nichts anderes, als dass er vom zuständigen Magistrat gemiethet habe und dass er im Genuss des gemietheten Grundstücks sich befinde (*frui*), also nichts als das Dasein der rechtsbeständigen *locatio* und ihre Ausübung. Davon, dass er behaupten müsse, er besitze auf Grund eines Rechts an dem *locus publicus* selber, ist trotz dem Erforderniss des „*frui*“ selbstverständlich keine Rede.

4) Wenn die Dinge sich in dieser Art verhalten, so ist das *interdictum de superficie* weder ein possessorisches — denn der Kläger behauptet niemals den Sachbesitz —, noch ein quasi possessorisches, denn er braucht auch nicht den Rechtsbesitz zu behaupten. Es ist vielmehr einfach erlassen zum Schutz desjenigen, der gemäss dem Miethcontract im Genuss der *superficies* sich befindet.

¹⁾ Ulpian schreibt dem *Interdicenten* wiederholt das „*possidere*“ zu: Fr. 1 § 1. 2 h. tit. Der Sachbesitz ist selbstverständlich ausgeschlossen; ebensowenig besteht irgend eine Nothwendigkeit, darunter die *iuris quasi possessio* zu verstehen; denn auch der blosse *detentor* wird bekanntlich gerade von Ulpian im weiteren Sinne als possessor bezeichnet: Fr. 9 de rei vindicatione. Diese Bezeichnung lag hier deshalb um so näher, als dieser Kläger häufig *iuris possessor* war; denn wer auf dem fremden Boden als Miether desselben ein Gebäude errichtet, der wird gewöhnlich auf lange Zeit gemiethet haben.

Das muss so sein, wenn das Interdict wirklich in einer Zeit entstanden ist, wo es ein prätorisches dingliches Recht an der superficies noch nicht gab. Es ist das zugleich ein sachlich befriedigendes Resultat; denn den Normalfall, also denjenigen, von welchem aus das Institut der superficies sich entwickelt hat, bildet der auf Grund der Grundstücksmiethe erfolgte Bau auf fremdem Boden. Dieser Miethsman, der in gutem Glauben auf den gemietheten Gegenstand Summen verwendet hat, welche den Werth desselben oft weit übersteigen, erschien dem Prätor eines über das Recht des gewöhnlichen Miethers hinausgehenden Schutzes ebenso würdig wie bedürftig: befindet er sich im Genuss des Gebäudes, welches durch seine oder seiner Vorgänger eigene Arbeit entstanden ist, so wird er vorläufig geschützt in diesem Genusse.

IV.

Alia actio.

I. Der zweite Satz ist von viel weiter tragender Bedeutung als der erste; denn durch ihn ist die superficies aus der Sphäre des Forderungsrechts in das Gebiet des Rechts an der Sache selber — allerdings nur mittelbar — erhoben worden. Derselbe lautet, wie schon hervorgehoben:

si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.

Eine so vage Form, dass sie uns kaum verständlich sein würde ohne den Besitz des von Ulpian hinzugefügten Commentars. Für die Römer freilich wird jene Unbestimmtheit deshalb weniger fühlbar gewesen sein, weil sie, anders als wir, im Besitz des hier in Vergleich zu ziehenden, wesentlich älteren Edicts vom *ager uectigalis* sich befanden¹⁾.

¹⁾ Nach dem Rechte der Pandekten sind *agri uectigales* von Städten in *perpetuum* [unter der Bedingung der richtigen Zahlung des *uectigal*] verpachtete Grundstücke, und zwar mit der Massgabe, dass der Inhaber die Befugniss hat, die Pachtung auf dritte zu übertragen. Den Gegensatz bilden die *agri non uectigales* der Städte, das sind die auf kürzere Zeit nach den gewöhnlichen Regeln der *locatio conductio* verpachteten (Fr. 1 pr. *si ager uectigalis*: Paulus lib. 21 ad edictum). Die Inhaber der *uectigales agri* haben die *in rem actio* (Fr. 1 § 1 cit.).

Die erläuternde Stelle Ulpian's, Fr. 1 § 3 h. tit., lautet:
 Quod ait praetor „si¹⁾ actio de superficie postulabitur,
 causa cognita dabo“ sic intellegendum est, ut, si ad
 tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem
 actio. et sane causa cognita ei, qui non ad modicum
 tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.

Dadurch wird zweierlei festgestellt.

Erstens: die causae cognitio befasst sich zunächst mit der Frage: auf wie lange Zeit ist der Miethcontract abgeschlossen? Jede andere Klage als das Interdict wird versagt bei der Miethe auf kurze Zeit. Die Frage, wann ein non modicum tempus vorhanden sei, unterliegt hiernach nicht dem richterlichen, sondern dem Ermessen des Magistrats. Da nun der Prätor im Edict erklärt, dass er die Sache causa cognita an den iudex abgeben wolle, so wird er, wenn ihm die vom Kläger behauptete Pachtzeit zu kurz erschien, die Klage so-

Dieselbe Klage wird in Fr. 3 (Paulus lib. 21 ad edictum) demjenigen eingeräumt, der nur „ad tempus“ von der Stadt gepachtet hat: es wird mithin die in rem actio auch bei agri non uectigales für statthaft erklärt. a) Lenel (Edict S. 147) nimmt an, dass darin eine spätere Ausdehnung der ursprünglich auf die uectigales agri beschränkten in rem actio zu erkennen sei. Das ist allerdings wahrscheinlich. b) Manche, z. B. Pothier, können sich nicht entschliessen, Fr. 3 so zu verstehen, wie es lautet, sie wollen daher durch eine restrictive Interpretation des Ausdrucks in Fr. 3 „ad tempus“ die in rem actio nur demjenigen zuerkennen, der „ad longum“ oder „non ad modicum tempus“ von der Stadt gepachtet hat. Das verstösst gegen die Basiliken, welche die entscheidenden Worte durch „*πρόσχαρον*“ übertragen. Das verstösst ferner nicht bloss gegen den allgemeinen römischen Sprachgebrauch von „ad tempus“ [Cicero, de amicitia 15; Liuius 23, 48 und Dukerus ad h. l.], sondern auch gegen den besonderen der römischen Juristen; denn gerade bei der verwandten in rem actio der superficies braucht Ulpian in Fr. 1 § 3 den Ausdruck „ad tempus“ gleich „ad modicum tempus“. c) Demnach liegt die Sache so: die in rem actio steht einem jeden zu, der ein Grundstück von der Stadt gepachtet hat: und er hat dieselbe ohne causae cognitio. Wie früher der Staat, so sind die Städte thatsächlich der Last überhoben, für ihre mit selbstständigem Klagrecht versehenen Grundstückspächter einstehen zu müssen. Die wesentlich unbedeutendere superficies wird dagegen nicht so frei behandelt.

¹⁾ Ulpian lässt hier die Worte „qua alia“ weg, weil es ihm auf dieselben nicht ankam.

fort verweigert, andernfalls aber den iudex in der formula actionis angewiesen haben, zu prüfen, ob die Pachtung in Wahrheit auf die vom Kläger behauptete und vom Gegner bestrittene Zeit abgeschlossen sei.

Zweitens: dem magistratischen Ermessen ist ferner die Entscheidung darüber überlassen, welche actiones, ausser dem Interdict, dem Superficiar einzuräumen seien. Dass an der Spitze derselben eine in rem actio stehe, sagt Ulpian ausdrücklich¹⁾, und in der That entscheidet die Natur dieser Hauptklage²⁾ über die Zulässigkeit aller anderen.

II. Welcher Art die in rem actio sei, darüber fehlt eine besondere Mittheilung. Dieselbe wird jedoch wiederholt als utilis actio bezeichnet³⁾ und es erhellt, dass es die rei vindicatio sei, nach deren Muster sie gebildet wird. Dafür spricht Fr. 1 § 4 h. tit.⁴⁾, denn hier ist gesagt, der dominus fundi bedürfe diese utilis nicht, weil er die directa habe; dafür spricht ferner die Einreihung derselben in den Titel de rei vindicatione⁵⁾ und endlich die ganze Behandlung der Sache.

Da aus ihr eine in factum concepta exceptio gebildet werden kann⁶⁾, so scheint der Schluss gerechtfertigt, dass die actio selber in factum concipirt sei⁷⁾. Ihre Formulierung

¹⁾ Fr. 1 § 3. 6 h. tit.; er wiederholt es in Fr. 73, Fr. 75 de rei vindicatione: „superficiario praetor causa cognita in rem actionem pollicetur“. — ²⁾ Die materiellen Vortheile der in rem actio für den conductor zeigen sich vorzugsweise in zwei Punkten: a) wenn ihm die Ausübung seines Rechts durch dritte vereitelt wird, so kann er, von dem locator unabhängig, sich selber Recht verschaffen; b) der locator kann ihm die Ausübung seines Rechts durch Uebertragung des Grundstückseigenthums an einen anderen nicht mehr unmöglich machen. — ³⁾ Fr. 1 § 4 h. t. (Ulpianus); Fr. 2 § 3 de operis novi nuntiatione (Iulianus); cfr. Fr. 16 § 2 de pignoratitia actione. — ⁴⁾ — is autem, in cuius solo superficies est, utique non indiget utili actione, sed habet in rem, qualem habet de solo. — ⁵⁾ Fr. 73 § 1 — Fr. 75 de rei vindicatione. — Die Einfügung ist so geartet, dass die besprochene in rem actio dem unbefangenen Blick als ein besonderer Fall der rei vindicatio erscheinen muss. — ⁶⁾ Fr. 1 § 4 h. tit. — ⁷⁾ Es gibt zweifellos utiles in factum actiones: Fr. 2 § 2 de pactis dotalibus; das dabei obwaltende Verhältniss ist folgendes. Jede utilis actio setzt das Dasein einer edict-sässigen formula voraus (einerlei, ob sie auf ciuile oder auf praetorium ius gegründet sei), und zwar einer solchen, welche ihrer Fassung nach auf den gegebenen Fall nicht passend, nach aequum ius dennoch auf

wird uns nirgends mitgetheilt. Savigny¹⁾ gibt ihr folgende Fassung:

Si paret, Am Am superficiem in perpetuum [in annos triginta] conduxisse rel.²⁾.

Bedenkt man dabei, dass es sich um ein dingliches Recht handelt, welches nicht in Folge der locatio conductio schlechthin, sondern nur in dem Fall entsteht, wenn der Eigenthümer der Verpächter ist, und erinnert man sich, dass selbst das interdictum de loco publico fruendo nur demjenigen zusteht, welcher gepachtet hat von dem „cui locandi ius fuit“, so wird man geneigt sein, der Formel der in rem actio, in wesentlicher Unterscheidung von dem Interdict, folgende Fassung zu geben:

Si paret, Am Am superficiem, qua de agitur, a domino fundi in perpetuum conduxisse rel.

Bei dem successor conductoris wird weiter folgende Fassung erforderlich erscheinen:

Si paret, Lucium superficiem, qua de agitur, a domino fundi in perpetuum conduxisse, Aulumque in Lucii locum successisse rel.³⁾.

III. Wie ist der Gegenstand beschaffen, welchen diese prätorische actio ergreift? Eigenthum und Sachbesitz erfassen nur folgeweise die superficies, d. h. weil sie Theil des

denselben anzuwenden ist. Die Erstreckung erfolgt auf doppelte Weise. Zumeist genügt es, die vorhandene formula durch kleine Aenderung zu erweitern [auf dem Wege der Fiction erfolgt die Erweiterung nur, wenn die ursprüngliche formula eine in ius concepta ist]: utilis actio in gewöhnlichem Sinne. Wo die Ausdehnung in der angegebenen Form nicht thunlich erscheint, wird zwar das materielle Princip der Musterklage ebenfalls festgehalten, aber die Formulirung erfolgt unabhängig von jener: utilis in factum actio.

¹⁾ Savigny, System, Bd. 5 S. 81. Ihm folgt Bethmann-Hollweg, Civilprocess, Bd. 2 S. 146. — ²⁾ Für den ursprünglichen Fall scheint auch folgende Fassung nahe zu liegen: „Si paret Am Am fundum capenatem, ut insulam ibi aedificaret, in perpetuum a domino conduxisse neque ea superficies rel. — ³⁾ Lenel, Edict S. 146. 183, formulirt, offenbar um diesen Fall in die ursprüngliche Formel mit einzuschliessen: „Si paret, Am superficiem in perpetuum conductam habere“: aber ich meine, diese Fassung würde den Beklagten verpflichten, dem Kläger herauszugeben, was dieser Kläger zur Zeit der Klagerhebung hat: Fr. 1 § 19. 21. 23 de fluminibus.

Bodens ist: bindet sich auch der Prätor daran für seine in rem actio?

Bedenkt man, dass die Veranlassung für diese Neubildung lediglich in der Errichtung des Gebäudes liegt, insbesondere in Erwägung, dass es ein Gebot der *aequitas* sei, dem Erbauer und seinem Nachfolger ein Recht an demjenigen zu gewähren, was seine Hände mit Zustimmung des Eigentümers auf fremdem Boden geschaffen, nicht aber ein darüber hinausgehendes Recht: so wird man es vollkommen begreiflich finden, wenn der Prätor das Recht lediglich am Gebäude ohne den Boden gewährt, um die anderweitige enge Auffassung des bestehenden Rechts unbekümmert. Dass er das thue, ergibt sich aus dem Edict selber. Da der Prätor erklärt „*si qua alia actio de superficie postulabitur*“, also „*de superficie*“ und nicht „*de aedibus*“: so ist der Gegenstand hier derselbe wie bei dem Interdict: also das Gebäude ohne den Boden. Demgemäss heisst der Berechtigte „*superficiarius*¹⁾ und hat er nach der Auffassung der römischen Juristen ausschliesslich ein Recht am Gebäude, während der Boden einem anderen gehört²⁾. Gerade in diesem Sinne wird das Recht, welches dem Adrast an der *canaba* zustehen soll, bezeichnet als „*a solo sui iuris*“³⁾. Wer endlich die Möglichkeit des superficiarischen Rechts an einem einzelnen Stockwerk anerkennt⁴⁾, der sagt meines Erachtens stillschweigend, dass ein Recht am Boden nicht dazu gehöre⁵⁾.

¹⁾ Fr. 73 § 1, Fr. 74 de rei vindicatione; Fr. 9 § 4, Fr. 13 § 8, Fr. 18 § 4, Fr. 19 pr. de damno infecto. — ²⁾ Fr. 9 § 4 cit. (Ulpianus): Quaesitum est, si solum sit alterius, superficies alterius, superficiarius rel. — ³⁾ Mommsen (Savignys Zeitschrift, Bd. 15 S. 337) legt die Worte „*quibus [sc. litteris] ei permissum sit aedificare loco canabae a solo [aedificium] iuris sui*“ anders, nämlich dahin aus: „einen Pavillon von Grund aus zu bauen“. Er verbindet also *a solo* mit *aedificare*. Aber kann man ein *aedificium* anders erbauen als *a solo*? — ⁴⁾ Jene Anerkennung findet sich bei Degenkolb, S. 53. Wie sich damit sein anderweitiger Ausspruch (S. 45), dass es verkehrt sei, „die locatio auf das *solum*, das dingliche Recht aber nur auf die *superficies* zu beziehen“, in Einklang bringen lasse, ist mir nicht deutlich geworden. — ⁵⁾ Wenn der Gegenstand des Rechts die *superficies* bildet ohne das *solum*, so wird die Bezeichnung „Platzrecht“ schwerlich eine angemessene Uebertragung in unsere Sprache sein. Wo wir es mit

IV. Ist das solarium wesentlich für das Dasein der superficies?

Von der Wesentlichkeit desselben geht die römische Jurisprudenz überall aus.

In der Definition des superficiarius wird das solarium als besonderes Erforderniss hervorgehoben.

Fr. 74 de rei vindicatione (Paulus).

Id est qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet.

Ferner wird das Dasein des solarium stets vorausgesetzt, wo es von rechtlicher Bedeutung sein kann. So bestimmen die Kaiser Severus und Antoninus, dass die Verpfändung der superficies nur erfolge ohne Verkümmern des solarium¹⁾, und offenbar im Zusammenhang mit dieser Bestimmung bemerkt Paulus, dass der dominus soli des solarium wegen den Vorzug habe vor diesem Pfand²⁾. So gibt ferner derselbe Jurist neben dem superficiarius auch dem dominus soli das Anrecht auf die cautio damni infecti, und zwar nicht etwa auf Grund seines formalen Eigenthums am Gebäude, sondern desshalb, weil ihm durch Zerstörung des Hauses der Bodenzins verloren gehe³⁾.

römischem Recht zu thun haben (anders in einem deutschen Gesetzbuch), ist es meines Erachtens gerathen, die römische Bezeichnung nur da zu verlassen, wo wir vollkommen entsprechende deutsche Ausdrücke besitzen.

¹⁾ Fr. 17 de pignoratitia actione (Marcianus): Sane, ut diui Severus et Antoninus rescribserunt, sine deminutione mercedis soli obligabitur. So die Vulgata, während die Florentina das „ut“ erst nach „rescribserunt“ bringt. Wahrscheinlich hatte der Schreiber des Manuscripts, welches der Florentina zu Grunde lag, das kleine Wort übersehen und es deshalb nachträglich an den Rand geschrieben; sein Nachfolger fügte es beim Copiren an falscher Stelle in den Text. —

²⁾ Fr. 16 qui potiores (Paulus): Etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest, ita tamen ut prior causa sit domini soli, si non soluatur ei solarium. Das wird kaum anders denkbar sein als in Form eines, die erste Stelle einnehmenden gesetzlichen Pfandrechts, zustehend dem dominus fundi an der superficies, welche nach prätorischer Anschauung einem andern rechtlich gehört als dem Eigenthümer. —

³⁾ Fr. 39 § 2 de damno infecto (Pomponius): — et nihilo minus domino soli utilis est [sc. damni infecti stipulatio], si solo damnum datum fuerit, ut tota superficies tolleretur: fraudabitur enim dominus in pensione percipienda.

Der entscheidende Punkt ist meines Dafürhaltens folgender. Ein von der römischen Jurisprudenz anerkanntes natürliches Princip lautet: der Inhalt des Eigenthums darf durch ein *ius in re aliena* niemals vollkommen aufgezehrt werden¹⁾. Auf Grund dieses Satzes bezweifelten die römischen Juristen die Zulässigkeit des Niessbrauchs bei der juristischen Person, in einer vermittelnden Entscheidung Hilfe suchend²⁾. Dagegen hat man an dem Rechte der *Emphyteusis* und der *Superficies* von Seiten der römischen Jurisprudenz unseres Wissens niemals Anstoss genommen, trotz ihrer möglichen Unvergänglichkeit und trotz des Umstandes, dass sie in das Eigenthum in wesentlich tieferer Weise eingreifen als das erstgenannte Recht. Das hat darin seinen Grund, dass der *dominus fundi* bei diesen Rechten im Genuss des Grundstücks sich befindet, nur nicht unmittelbar, sondern mittelbar durch den Pachtzins, welchen er bezieht.

Wenn demnach daran festzuhalten ist, dass zum Begriff des superficiarischen Rechts das *solarium* als wesentlich gehöre, so erscheint der Satz Degenkolbs³⁾ unabweisbar, wonach bei einer jeden Begründungsform, welchen Namen sie immer führen möge, das für das superficiarische Recht massgebende Element in der *locatio conductio* zu erkennen ist. Ein gering angesetztes *solarium* vorausgesetzt, kann das begründende Geschäft *uenditio*⁴⁾, *legatum*, *donatio*⁵⁾ sein. Da-

¹⁾ Fr. 3 § 2 de usufructu (Gaius): Ne tamen in uniuersum inutiles essent proprietates semper abscedente usu fructu, placuit certis modis extinguere usum fructum et ad proprietatem reuerti. — ²⁾ Aus Fr. 50 eod. tit. (Gaius) erhellt, dass hier der gleiche Gesichtspunkt, wie er in der Stelle der vorigen Note ausgesprochen ist, obwaltete und dass die Jurisprudenz das Bedenken beseitigte durch Beschränkung eines derartigen Niessbrauchs auf hundert Jahre. — ³⁾ A. a. O. S. 29 ff. — ⁴⁾ Die Möglichkeit der Begründung durch *uenditio* wird erwiesen durch Fr. 1 § 1 h. tit.; warum Degenkolb S. 37 annimmt, Ulpian fasse hier die *uenditio* nicht als Realität auf, ist mir nicht klar. — ⁵⁾ Fr. 1 § 7 gedenkt der *donatio* und des *legatum*. Nun ist es allerdings durchaus wahrscheinlich (vgl. Degenkolb a. a. O. und die daselbst Citirten), dass hier, wie in dem vorhergehenden Paragraphen, lediglich von der Uebertragung des vorhandenen Rechts auf einen anderen gehandelt werde; die Möglichkeit der Begründung des superficiarischen Rechts in diesen Formen bedarf jedoch keines besonderen Beweises.

mit stimmt, dass die Quellen überall von der *locatio conductio* ausgehen, und daraus folgt, dass sowohl die Formel des *Interdicts* wie die der *in rem actio* mit der Hervorhebung dieses *Contracts* ausreichen, möge die Begründungsform gewesen sein welche sie wolle.

V. Ist dadurch, dass der Prätor auf Grund der *locatio in non modicum tempus* die *in rem actio* gewährte, der rechtliche Charakter jenes *Contracts* geändert worden? Das behauptet Wächter und zieht daraus die wichtige Consequenz, dass die Grundsätze desselben auf die superficies nicht anzuwenden seien ¹⁾.

Nun aber hat Gaius — also ein Jurist, welchem die *in rem actio* vollständig bekannt war — die oben erwähnte Definition von *superficiariae aedes* so gefasst, dass sie die *locatio conductio* in den Begriff aufnimmt. Das *Interdict* stützt sich auf die *locatio conductio* und ebendieselbe bildet die edictmässige Voraussetzung für die *in rem actio*. Ulpian lässt, wie erwähnt, den *Superficiar* sagen: „*Mouet quod quasi inquilinus sum*“. Endlich geht Paulus als von einem unzweifelhaften Satze davon aus, dass *dominus* und *superficiarius* die *actio locati* und die *actio conducti* widereinander anzustellen berechtigt sind ²⁾. Dass Prätor und Jurisprudenz unter dieser, dem *ciuile ius* entsprungenen Bezeichnung hier

¹⁾ Wächter a. a. O. § 9 vertheidigt in der Hauptsache Folgendes:
a) „Nicht jeder Miethcontract auf *non modicum tempus* gehöre hierher (denn das gehe über den Privatwillen weit hinaus), vielmehr nur derjenige, welcher mit dem Willen abgeschlossen werde, ein dingliches Recht zu begründen; daher sei dieser Vertrag von dem Miethvertrag wesentlich verschieden“. Davon wissen die Quellen nichts, sie geben die *in rem actio* einem jeden, der *non ad modicum tempus* gemiethet hat, ohne jedes weitere Erforderniss. Nicht aus dem Parteiwillen geht die dingliche Klage hervor, sondern der Prätor knüpft die Klage an den auf Begründung eines Forderungsrechts gerichteten Willen der Parteien, weil er den vom *ciuile ius* gesetzten Schutz des Forderungsrechts in dem besonderen Fall nicht für ausreichend erachtet. —
b) Wächter folgert weiter: weil keine eigentliche *locatio conductio* vorliege, deshalb habe das *solarium* nicht den Charakter des Miethgeldes; deshalb bleibe ferner der Rechtssatz ausser Anwendung, wonach dem *locator* bei lange ausbleibender Zahlung der *merces* die Befugniss der Austreibung zusteht. — ²⁾ Fr. 18 § 4 de *damno infecto*.

etwas anderes verstanden haben sollten als das civile ius, ist ohne besonderen Nachweis meines Erachtens unglaublich¹⁾.

Wenn also eine wahre locatio conductio vorliegt, so sind auch die rechtlichen Grundsätze derselben insoweit anzuwenden, als sie sich mit der Natur der in rem actio vertragen.

a) Das solarium ist nichts anderes als der Miethzins, dessen römische Bezeichnungen es ebenfalls führt.

b) Die Pflicht, dasselbe zu zahlen, erlöscht, wie bei der Hausmiethe, mit dem Untergang des Hauses²⁾.

c) Da der dominus locator ist, so muss ihm, wie jedem anderen locator, das Recht zustehen, bei Nichtentrichtung des Zinses innerhalb zweier Jahre den Contract zu lösen. Die in rem actio des conductor steht jener Befugniss ebenso wenig im Wege, als das bei der Emphyteuse im Princip der Fall war³⁾. Ja, die positive Verwerfung dieser Befugniss würde vielmehr hier als eine legislativ ungerechtfertigte Massregel erscheinen; denn gerade einerseits durch das Vorzugsrecht an der superficies des solarium wegen⁴⁾, andererseits durch dieses Privationsrecht wird die Schwierigkeit gelöst, in welcher Art die Leistung des Zinses an der Singularsuccessor zu erzwingen sei⁵⁾.

Aehnliche Bedenken scheinen mir einer anderweitigen neueren Auffassung entgegenzustehen. Pernice in seiner interessanten Abhandlung über die Beziehungen des öffent-

¹⁾ Die Wächtersche Auffassung fand sich, wie oben zu bemerken war, schon bei einem Theil der römischen Juristen, wenn auch nicht mit der Wächterschen Begründung. Sie wurde jedoch schon zu Gaius' Zeit von der Mehrheit der Juristen verworfen und es ist die Auffassung des begründenden Vertrags als locatio conductio im justinianischen Recht zweifellos festgehalten worden. — ²⁾ Das wird von Pomponius vorausgesetzt in Fr. 39 § 2 de damno infecto. — ³⁾ Das Austreibungsrecht des dominus wurde zwar von den Besitzern der Emphyteusen bestritten, ihrer Meliorationen wegen, allein Kaiser Justinian erkannte es ausdrücklich an, lediglich insofern eine Milderung zulassend, als er im allgemeinen dreijährige Nichtzahlung voraussetzt und nur zu Gunsten der Kirchen nachträglich auf das alte biennium zurückkommt: C. 2 de iure emphyteutico; Nou. 7 cap. 3 § 2. — ⁴⁾ S. S. 153 Anm. 1. 2. — ⁵⁾ Die entgegengesetzte Ansicht führt zu dem Resultat, dass wegen Nichtentrichtung des Zinses zwar derjenige Erbauer des Hauses ausgetrieben werden kann, der den Boden auf kurze Zeit gemiethet hat, nicht aber wer auf lange Zeit miethete.

lichen römischen Rechts zum Privatrecht ¹⁾ glaubt die superficies, wie sie der Prätor zum dinglichen Rechte gestaltet hat, den von den Römern entwickelten Reallasten beizählen zu können. Er geht von der anerkannten Thatsache aus, dass das Institut seinen Ursprung in der öffentlichen Location habe und deshalb von dem Magistrat nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts durch *pignoris capio* und *multae dictio* zu verfolgen war. Als die superficies in das Privatrecht übernommen wurde, habe sie den Charakter der Grundlast auch auf diesem Gebiete behalten. Das Natürliche scheint mir zu sein, dass die *locatio loci publici* nach den Grundsätzen des öffentlichen, die *locatio loci privati* nach denen des Privatrechts zu behandeln war: und damit dürften die Quellen übereinstimmen.

VI. Der Prätor gibt hier, wie da, wo er schöpferisch ist gewöhnlich, gemäss seiner amtlichen Stellung lediglich *actio*; erst die Jurisprudenz übersetzt das in prätorisches Recht ²⁾. Die besondere Charakterisirung eines derartigen Rechts ergibt sich in der Regel aus der Natur der vom Prätor gewählten Klage, so z. B. begründet die *utilis confessoria* eine *tuitio praetoria constituta servitus* ³⁾. In gleicher Weise entsteht da, wo der Prätor *utilis rei vindicatio* einräumt, in der Regel prätorisches Eigenthum. Aber das geschieht doch nur dann, wenn die Absicht des Magistrats dahin geht, dass die *actio* den vollen Eigenthumsinhalt in sich aufnehme ⁴⁾. Dass diese Absicht keineswegs in allen Fällen bestehe, dafür liefern *ager uectigalis* und *superficies* den Beweis. Was insbesondere die letztere betrifft, so hat der Besteller derselben, trotz der dem Superficiar gewährten *utilis rei vindicatio*, auch nach prätorischer Auffassung das alleinige Eigenthum am Boden und

¹⁾ Parerga II S. 90 ff. — ²⁾ Dieser Zusammenhang tritt besonders deutlich hervor, wenn es in Fr. 1 § 6 h. tit. (Ulpianus) heisst: *et usum fructum siue usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est.* — ³⁾ Fr. 1 pr. quibus modis usus fructus; Fr. 9 § 1 usufructuarius quemadmodum; Fr. 1 § 9 de superficibus. Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 267. — ⁴⁾ Neben dem wenig bestimmten Ausdruck „*res est in bonis alicuius*“ tritt in der classischen Zeit der Name „*dominium*“ ungescheut hervor; insbesondere Gaius 2, 40 bezeichnet das „*in bonis esse*“ als eine zweite Art des *dominium*.

folgeweise an der superficies, und zwar in der Weise, dass die rei vindicatio, insoweit sie das Eigenthum vertritt, allein ihm und selbst gegen den Superficiar zusteht¹⁾, und ebenso hat nur er die possessio aedium²⁾. Daraus ergibt sich von selbst, dass das superficiarisches Recht trotz der daraus folgenden Klage nichts anderes sei, als was wir ein ius in re aliena zu nennen pflegen, also dasjenige Recht an der Sache, welches das Eigenthum eines anderen anerkennt. Damit stimmen die Quellen. So sagt Ulpian von denjenigen, welche ihre auf öffentlichem Boden stehenden tabernae verkaufen, „non solum sed ius uendunt“³⁾. Adrast beschreibt, wie wir gesehen haben, sein Recht durch die Worte „a solo sui iuris“. Gaius spricht bei Gelegenheit der cautio damni infecti vom Superficiar als von einem „qui ius in ea re habet“, gleich dem Pfandgläubiger und dem Usufructuar⁴⁾, und endlich Julian trägt kein Bedenken, das Recht der superficies geradezu als *seruitus* zu bezeichnen⁵⁾. Darin liegt die rechtliche Gebundenheit des Eigenthums durch das prätorische Recht des anderen.

Aber warum wählte der Prätor, wo es sich um die Begründung eines in das Nutzungsrecht des Eigenthümers eingreifenden ius in re aliena handelt, das Muster der rei vindicatio und nicht das anscheinend näher liegende der confessoria in rem actio?

Da bei der locatio conductio ein der Person zustehendes Recht in Frage steht, so würde durch die letztere Klage zum massgebenden Muster der ususfructus geworden sein. Nun aber ist dieser, weil an eine bestimmte Person gebunden, weder vererblich noch veräusserlich und erlöscht deshalb nicht bloss durch den Tod, sondern auch durch capitis deminutio; desgleichen, weil auch Gebundenheit an das Sachindividuum vorliegt, geht er unter mit dem Untergang des Hauses, dabei jedes Recht der Veränderung ausschliessend; endlich, weil von der Jurisprudenz als ein nicht zu begünstigender Eingriff in das Eigenthum angesehen, erlöscht er durch non usus. Da-

¹⁾ Fr. 1 § 4 de superficiebus. — ²⁾ Fr. 3 § 7 uti possidetis. —

³⁾ Fr. 32 de contrahenda emptione. — ⁴⁾ Fr. 19 de damno infecto; cfr. Fr. 30 de noxalibus actionibus. — ⁵⁾ Fr. 46 § 1 de legatis I. Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 249.

gegen ist die *locatio conductio fundi* an das Individuum des Miethers nicht gebunden, die obigen Erlöschungsgründe finden bei ihr keine Anwendung, sie ist vielmehr vererblich, lässt *sublocatio* zu und überdies erscheint es, wo das Gebäude den *conductor* zum Urheber hat, in der Ordnung, dass diesem auch das Recht der Veränderung zustehe. Kurz, dieser *Contract* gewährt dem Inhaber eine derartige Freiheit, dass auf dem Gebiete des dinglichen Rechts lediglich das Eigenthum eine zutreffende Analogie darbietet: nichts wies daher auf die *confessoria* hin, alles auf die *rei vindicatio*.

Daraus folgt:

a) weil die superficies ein prätorisches *ius in re aliena*, deshalb gilt für sie die Analogie der Servituten;

b) weil die aus jener hervorgehende Klage nicht die *utilis confessoria*, sondern die *utilis rei vindicatio* ist, deshalb gilt gleichzeitig für sie die Analogie des Eigenthums.

Diese Doppelnatur hat nicht, wie man besorgen möchte, zu einer unklaren Vermischung zweier Principien geführt, vielmehr zu einem in der Hauptsache einleuchtenden und praktisch angemessenen Resultat.

VII. Die Natur des *ius in re aliena* tritt wesentlich in folgenden Punkten hervor.

Zuerst für die Form der Begründung gibt das Edict selber die hierher gehörige Anweisung. Wenn nämlich dasselbe erklärt, dass die dingliche Klage *causa cognita* ertheilt werden soll, und wenn die *causae cognitio* sich lediglich der Frage zuwendet, auf wie lange Zeit gemiethet worden sei: so knüpft es jene *actio* — und mithin das dingliche Recht — nicht etwa an die *traditio*¹⁾, auch nicht, wie das Interdict, an das „*frui*“ auf Grund des Miethcontracts, sondern unmittelbar an den Abschluss des Contracts selber. Daraus folgt: das prätorische Edict behandelte die Begründung dieses

¹⁾ Natürlich kann überhaupt nur von *iuris quasi traditio* die Rede sein. Da nun Gaius zwar das superficiarisches Recht kennt, nicht aber die *quasi traditio* (2, 28), so ergibt sich, dass zur Zeit der Entstehung des superficiarischen Edicts an die letztere überhaupt nicht zu denken ist. Nachdem der Begriff der *quasi traditio*, im zweiten Jahrhundert von Iavolenus erfunden, praktische Anerkennung erlangt hatte, stand der Anwendung desselben auf die superficies nichts im Wege.

dinglichen Rechts nicht nach Analogie des prätorischen Eigenthums, sondern gleich den prätorischen Servituten. Ueberhaupt aber wird es prätorisches Princip sein: zwar zur Bestellung des obersten Rechts an der Sache, also des Eigenthums, gehört unter Lebenden Besitzesübertragung: dagegen für die Begründung aller *iura in re aliena* genügt die Form des Vertrags.

Wer weiter die Möglichkeit der Ersitzung des superficiarischen Rechts annimmt — und ich neige zu dieser Annahme —, der hat nach diesen Vorgängen nicht die Ersitzung des Eigenthums, sondern die der Servituten als Muster anzuerkennen.

Ein zweiter Punkt, bei welchem die Natur des *ius in re aliena* sich herauskehrt, liegt, wie schon zu berühren war, auf dem Gebiete des Besitzes. Zwar sprechen die wenigen hierher gehörigen Quellenstellen von *possessio* und *traditio*¹⁾, aber sie gehören solchen Schriftstellern an, welche, die alte Schärfe der Bezeichnung fallen lassend, unter dem Worte *possessio* beides verstehen, den eigentlichen und den uneigentlichen Besitz²⁾. Da nun der Besitzer des Bodens ganz zweifellos auch an der *superficies* den eigentlichen Besitz hat, so folgt von selber, dass der Inhaber des superficiarischen Rechts nichts haben könne als *iuris quasi possessio*.

VIII. Während die Entstehung des superficiarischen Rechts nach dem Muster der *iura in re* beurtheilt wird, folgt das entstandene Recht im allgemeinen dem Muster des Eigenthums.

1) Für die Auslegung der „*aliae actiones*“ des Edicts ging die römische Jurisprudenz davon aus, dass demjenigen, welchem die principale Eigenthumsklage zugestanden wird, consequenterweise auch alle anderen aus dem Eigenthum hervorgehenden Klagen zu gewähren seien³⁾. Dabei ergibt sich einmal, dass auch sie nur *causa cognita* ertheilt werden: denn

¹⁾ a) *Possessio*: Fr. 1 § 1. 2 h. tit. (Ulpianus); Fr. 13 § 3 de *pignoribus* (Marcellus). b) *Traditio*: Fr. 1 § 7 h. tit.; Fr. 12 § 3 cit. Vgl. Fr. 12 § 2. 3 de *publiciana* (Paulus). — ²⁾ So namentlich Ulpian: Bekkers Jahrbuch a. a. O. S. 257. — ³⁾ In Fr. 3 § 3 de *operis novi nuntiatione* leitet Ulpian die *confessoria* und die *operis novi nuntiatio* des Superficiars aus der *in rem actio* desselben als eine selbstverständliche Folge ab.

sie beruhen auf dem zweiten Satz des Edicts; sodann dass sie, gleich der in rem actio, im allgemeinen als utiles actiones zu gestalten sind¹⁾).

Im einzelnen sind hervorzuheben: die confessoria aus den der superficies zustehenden Servituten²⁾, von den Theilungsklagen die actio communi diuidundo³⁾ und die familiae erciscundae⁴⁾, endlich von den prätorischen Klagen die Publiciana in rem actio⁵⁾ und das interdictum de ui⁶⁾.

2) Daraus, dass dem Superficiar die Klagen des Eigenthümers utiliter zustehen, wird weiter gefolgert, dass ihm überhaupt die Rechte desselben einzuräumen seien⁷⁾. Er

¹⁾ Das wird z. B. hervorgehoben in Fr. 1 § 6. 8. 9 h. tit. — ²⁾ Fr. 3 § 3 in Anm. 3 der S. 160. Vgl. Fr. 1 § 9 h. tit. — ³⁾ Fr. 1 § 8 h. tit. —

⁴⁾ Fr. 8, Fr. 10 familiae erciscundae. — ⁵⁾ Fr. 12 § 3 de Publiciana in rem actione (Paulus): Idem est [sc. Publiciana competit] et si superficiariam insulam a non domino emero. Wer ist dieser „non dominus“? Man hat den Ausdruck auf den verkaufenden Superficiar beschränken wollen: dann wäre statt einer gesuchten Bezeichnung einfach „a superficiario“ zu erwarten. Jeder Superficiar ist „non dominus“, aber nicht jeder „non dominus“ ist Superficiar. — ⁶⁾ Fr. 1 § 4. 5 de ui (Ulpianus): — — Proinde et si superficiaria insula fuerit, qua quis deiectus est, interdicto fore locum. — Der Jurist redet hier so, als ob dem Superficiar das Interdict als ein directum zustehe. Dem widerspricht, dass nicht dieser den eigentlichen Besitz hat, sondern der dominus. Da die Person des Klagberechtigten nicht besonders bezeichnet ist, so könnte man die Stelle dahin verstehen, durch die Austreibung des Superficiars sei der dominus deiciert und es habe mithin dieser das Interdict. Da ich derartige Interpretationen nicht für gerechtfertigt halte, so bin ich der Meinung, dass auch hier nichts vorliege als ein ungenauer Ausdruck der späteren Zeit. In ähnlicher Weise spricht Paulus in Fr. 9 § 1 de ui von einem „deiectus ab usufructu“, obgleich er recht wohl weiss, dass das nicht edictmässig genau sei. —

⁷⁾ Fr. 16 de pignoratitia actione (Paulus): Etiam uectigale praedium pignori dari potest: sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur. — Nicht in der Gewähr der utiles actiones im allgemeinen, sondern in der Zuständigkeit der in rem actio findet den Grund Ulpian in Fr. 1 § 6 h. tit.: quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari et quasi usum fructum siue usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est. — Klar ist, dass hier zunächst auf die Möglichkeit der Verpfändung hingewiesen werden soll; ebenso, dass die betreffenden Worte eine Corruptel enthalten. Man hat anstatt des unhaltbaren „petitori“ von der einen Seite „pignori“ vorgeschlagen, von der anderen „creditori“. Ich halte die erste Vermuthung für wesentlich

kann daher einerseits der *Superficies Servituten* erwerben¹⁾, andererseits sie verpfänden²⁾ und mit Servituten belasten³⁾ und sie veräußern durch Verkauf⁴⁾, Schenkung, Legat⁵⁾. Er hat ferner die Befugnis, ihretwegen dem Nachbar *operis noui nuntiatio* zugehen zu lassen⁶⁾. Ob er auch *cautio damni infecti* verlangen könne, war zwar, wie in anderen Fällen, Gegenstand des Zweifels, wurde jedoch schliesslich im bejahenden Sinne entschieden⁷⁾.

näher liegend; sie führt weiter zur Streichung des nachfolgenden „in“, als einer in Folge des falschen „petitori“ vorgenommenen Einschöpfung, nicht aber zu dem gekünstelten und unnützen „insuper“. [Pothier sucht den Text zu retten durch Gegenüberstellung der *actio de superficie* und der *actio in superficiem*.] Das „constitui posse per utiles actiones“ steht gleich der *tutione praetoria constituta servitus*.

¹⁾ Hierauf wird sich Fr. 1 § 9 h. tit. beziehen; denn von der Belastung mit Servituten ist schon in § 6 die Rede. [Unter dem in § 9 erwähnten *interdictum*, welches im Singular den *utiles actiones* an die Seite gestellt ist, wird das sachgemäss *accommodirte interdictum de superficie* zu verstehen sein.] Im übrigen kann es kaum zweifelhaft sein, dass wer die Sache mit Servituten belasten kann, dieser auch Servituten müsse erwerben können. — ²⁾ Fr. 1 § 6 in S. 160 Anm. 7; Fr. 13 § 2 de *pignoribus* (Marcianus); Fr. 15 qui *potiores* (Paulus); Fr. 6 § 2 (Paulus), Fr. 17 (Marcianus) de *pigneratitia actione*. — ³⁾ Fr. 1 pr. quibus modis *usufructus* (Ulpianus): *Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu* [der Untergang durch *capitis deminutio* erfolgt auch da, wo im strengen Sinne kein *usufructus* vorhanden ist, sondern lediglich auf Grund des prätorischen Rechts die *actio de usu fructu*, woraus ein *quasi usufructus* allenfalls hervorgeht, Fr. 1 § 6: S. 160 Anm. 7], *et parui refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an tutione praetoria* [Erläuterung des vorhergehenden Satzes]: *proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo uectigali uel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur*. Fr. 1 § 6 h. tit. — ⁴⁾ Fr. 32 de *contrahenda emtione* (Ulpianus); Fr. 12 § 2. 3 de *publiciana* (Paulus). Vgl. § 3 I. de *locatione et conductione*. Dagegen rechne ich nicht hierher Fr. 32 de *iure dotium* (Pomponius): die hier erwähnte *superficies uendita* ist das auf Abbruch verkaufte Gebäude. — ⁵⁾ Fr. 1 § 7 h. tit. (vgl. Degenkolb S. 37). — ⁶⁾ Fr. 3 § 3 de *operis noui nuntiatione*. Ulpian erkennt in dieser Stelle die Berechtigung des *Superficiars* zur *Nuntiation* an, gegenüber dem Zweifelsgrund. — ⁷⁾ Paulus in Fr. 18 de *damno infecto* stellt als *Princip* auf, die *cautio damni infecti* stehe demjenigen zu, „*cuius in bonis res est*“; die Durchführung unterlag jedoch manchen Zweifeln, deren Grund in der Erwägung bestand, ob die Fassung der *stipulatio* den betreffenden einzelnen Fall mit umfasse: Fr. 11 eod. tit. Was den *Superficiar* an-

3) Wem die Rechte des Eigenthümers zu Theil werden, der hat nach Recht und Billigkeit auch die Lasten desselben zu übernehmen.

Dem entspricht es, dass der Superficiar seines Gebäudes wegen *cautio damni infecti* zu leisten hat. Für die Art der *Caution* unterscheidet der Prätor durch den Satz „*suo nomine promitti, alieno nomine satisfacere iubebo*“¹⁾. Dass hiernach der Eigenthümer lediglich zur *stipulatio* verpflichtet sei, war natürlich stets ausser Zweifel. Die Gleichstellung mit diesem ist zwar anderen von der Jurisprudenz zuerkannt worden, nicht aber, wie es scheint, dem Superficiar²⁾, obgleich die Dinge sichtlich auf Gleichstellung hinwiesen.

Was die Steuern anlangt, so scheint das obige Princip zu einer Scheidung zu führen. Die Grundsteuern nämlich fallen dem Bodeneigenthümer zur Last, insoweit er den Nutzen desselben zieht in Gestalt des *solarium*; dagegen die Häusersteuer muss denjenigen treffen, dem das Haus nach prätorischer Anschauung ohne den Boden gehört, also den Superficiar.

langt, so galt es zu Ulpian's Zeit für ausgemacht (*hodie constat*), dass die Formel der *stipulatio* auf ihn passe: Fr. 13 § 8 (Ulpianus), Fr. 18 § 4 (Paulus), Fr. 39 § 2 (Pomponius) de *damno infecto*.

¹⁾ Fr. 7 pr., Fr. 30 § 1 de *damno infecto*. — ²⁾ Wir begegnen hier, wie anderwärts, einer nicht zum reinen Abschluss gelangten Entwicklung. a) Labeo hält daran fest, „*suo nomine*“ *cavere* nur der Eigenthümer; dagegen meint Ulpian, darunter falle auch „*qui quodam modo de re sua cauet*“. b) Das freiere Princip ist von Ulpian selber durchgeführt, namentlich für den Inhaber einer Prädialservitut: Fr. 13 § 1 [*quia suo nomine id facit, non alieno*], Fr. 30 § 1 [gegen Labeo mit der gleichen Motivirung]; desgleichen für den *bonae fidei possessor*: Fr. 13 pr. [anderen Auffassungen gegenüber „*quia suo nomine id facit, non alieno*“]. c) Dagegen wird das Princip nicht festgehalten von Ulpian selber: α) für den Pfandgläubiger: in Fr. 11 (*libro 53 ad edictum*) erkennt er zwar, dass sich zu Gunsten jenes sagen lasse „*sum ius tuetur*“, dagegen verlangt er in dem demselben 53. Buche entnommenen Fr. 15 § 25 von dem Pfandgläubiger *satisfactio*; β) für den *Usufructuar*; denn in Fr. 9 § 5 (ebenfalls seinem 53. Buche zugehörig) billigt er stillschweigend die *satisfactio* verlangende Ansicht des Celsus und in Fr. 15 § 25 thut er das ausdrücklich; γ) endlich den Superficiar anlangend, so theilt Ulpian in Fr. 9 § 4 den Ausspruch Julians mit, wonach jener *satisfactio* zu leisten hat, stillschweigend beipflichtend, wie in dem folgenden Paragraphen dem Celsus.

IX. Ueber die Gründe, aus denen das superficiarische Recht erlöscht, bieten die Quellen wenig. Aus der Natur der Sache folgt jedoch, dass hier abermals verschiedene Factoren mitwirken.

a) Weil das superficiarische ein Recht an der Sache ist, deshalb muss es, wie alle Sachenrechte, untergehen mit dem Untergang der dem Recht unterworfenen Sache¹⁾. Wenn nun wahr ist, was oben behauptet wurde, dass der Gegenstand des hier fraglichen Rechts die superficies bildet ohne den Boden, so ergibt sich von selber der Untergang des Rechts mit dem der concreten superficies²⁾.

b) Weil das superficiarische Recht ein *ius in re aliena* ist, so muss dasselbe dem allgemeinen³⁾ Grundsatz unterworfen sein, wonach niemand ein solches Recht haben kann an der eigenen Sache.

c) Weil endlich der Superficiar den Charakter des *conductor* keineswegs völlig abstreifte, deshalb hat, wie früher zu entwickeln war, der *dominus* das Recht, den Superficiar als seinen *inquilinus* auszutreiben bei dem Ausbleiben des Miethzinses durch lange Zeit.

¹⁾ Vgl. über diese bestrittene Frage einerseits Degenkolb S. 49, andererseits Wächter S. 116. — ²⁾ Ob der *conductor soli* das Recht habe, an Stelle des beseitigten ein neues Gebäude aufzuführen, ist eine Frage des *Contracts*, welche in der Regel zu bejahen sein wird. An dem Neubau erneuert sich auch das superficiarische Recht. — ³⁾ Der Satz ist in der Form „*nemini res propria seruit*“ von der Jurisprudenz zuerst lediglich für die *Servituten* ausgesprochen worden, weil damals die *Servituten* die einzigen *iura in re aliena* waren. Nachdem der Prätor die Zahl der letzteren vermehrt hat, erweitert sich jener Satz zu einem allgemeinen Princip dieser: er gilt auch beim Pfand, der *emphyteusis*, der *superficies*.

XI.

Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia.

Von

Herrn Dr. **Hugo Krüger**
in Berlin.

Die Frage nach dem Ursprunge der römischen Consensualcontracte und damit der bonae fidei iudicia überhaupt ist durch die Habilitationsvorlesung von Carl Christoph Burckhardt: Zur Geschichte der locatio conductio (Basel, 1889) von neuem angeregt worden.

Das Problem ist ein vielseitiges. Im classischen Rechte waren die Consensualcontracte, gleichwie einzelne Realcontracte, sog. bonae fidei negotia und gehörten dem ius civile an. Darnach lassen sich für die Entstehung dieser Contracte folgende Fragen aufwerfen.

1. Gehörten die Consensualcontracte von Alters her dem ius civile an? Die heute herrschende Lehre verneint dies mit Recht ¹⁾; aber dann fragt es sich weiter: wie kamen sie in das ius civile? Darin zwar ist man einig, dass die einzelnen Contracte nicht gleichzeitig entstanden und gleichzeitig klagbar geworden sind; höchstens könnten Kauf und Sachmiethe als Zwillingsgeschwister gelten. Aber ob sie alle auf gleichem Wege zur Klagbarkeit gelangten, und auf welchem Wege etwa, darüber ist man im Unklaren. Beispielsweise wird die locatio conductio zurückgeführt bald auf das ius gentium, bald auf einheimisches Gewohnheitsrecht, d. h. auf den römischen Privatverkehr selbst, bald auf die publicistischen Miethsverträge ²⁾. Ein einheitliches Princip für die Entstehung aller

¹⁾ s. Burckhardt S. 4 N. 4. — ²⁾ Die einzelnen Ansichten sind ausführlich besprochen von Burckhardt S. 16 ff., S. 54 ff.

Consensualcontracte liesse sich nur aus den ersten beiden Gesichtspunkten gewinnen.

2. Waren die Klagen aus den Consensualcontracten von Anfang an *bonae fidei iudicia* im Sinne des classischen Rechts, oder haben sie erst später diesen Charakter angenommen, so dass sie ursprünglich *stricti iuris* waren?

3. Wurden die Consensualcontracte vom Augenblicke ihrer Klagbarkeit an durch den blossen *consensus perfect*, oder haben sie sich zunächst als Realcontracte entwickelt ¹⁾?

Von diesen drei Fragen ist die letztere die am wenigsten wichtige. Denn ob man nun ein anfängliches Realcontractstadium annimmt oder nicht, so kehrt doch die zweite Frage nach dem Verhältniss der Klagbarkeit zur *bonaefidei*-Natur der Geschäfte schon für diejenigen Realcontracte des classischen Rechts, deren Klagen zu den *bonae fidei iudicia* gehören, selbständig wieder, und nur die eine Möglichkeit wäre durch jene Annahme eröffnet, dass den *bonae fidei iudicia* überhaupt ein einheitliches klagbegründendes Princip zu Grunde gelegen hätte, dessen Nachweis die folgende Abhandlung in der That versucht.

Von grundlegender Bedeutung ist dagegen die obige zweite Frage: wie verhalten sich Klagbarkeit und *bonaefidei*-Charakter zu einander? Besteht zwischen beiden kein innerer Zusammenhang, oder ist der letztere den Klagen von je immanent gewesen?

Beide Ansichten sind von den Neueren vertreten worden ²⁾, und im Sinne beider Theile lautet die obige Frage concreter gefasst: ist die Clausel *ex fide bona* ein ursprünglicher Bestandtheil der Formel: *quidquid dare (facere) oportet ex fide bona* ³⁾ oder ein späterer Zusatz?

Beide Ansichten treffen auch darin zusammen, dass sich der Begriff der *fides bona* unserer Clausel von Anbeginn an

¹⁾ s. Burckhardt S. 50 ff. — Nicht hierher gehören die Ansichten darüber, wie sich der Verkehr vor der Klagbarkeit der Consensual-, bez. Realcontracte mit den formellen Geschäften des *ius civile* (*mancipatio*, *nexum*, *stipulatio*) behalt: Burckhardt S. 48 ff. — ²⁾ s. Burckhardt N. 31 u. 32. — ³⁾ Ich sehe hier zunächst von der Meinung ab, welche die Klagen aus den Consensualcontracten in die *Legisactionenzeit* verlegt.

im wesentlichen mit dem der bona fides des classischen Rechts, natürlich auf dem Gebiete des Obligationenrechts¹⁾, decke, wobei eben von der inneren Fortbildung und Erweiterung des Begriffs abzusehen ist.

Bekanntlich ist nach heutiger Lehre die dem Vertragsrechte angehörige bona fides des classischen Rechts allgemein die Art und Sitte rechtlicher Leute als die objective Norm, nach welcher der Richter zu entscheiden hat. Insbesondere sind es zwei Dinge, welche der ex bona fide urtheilende Richter von Amtswegen zu berücksichtigen hat: einmal den dolus malus der Parteien und sodann das dem Willen der Parteien wie der Verkehrssitte in Ansehung von Nebenabreden und Nebenleistungen Entsprechende²⁾.

Kurz gesagt, man dürfte darin einig sein, dass „die bona fides im Obligationenrechte stets nur ein Factor für die sachgemässe Ausweitung einer bestehenden actio“ ist³⁾, und mit diesem Satze wird zugleich ausgesprochen, „dass die bona fides mit der Erfüllungspflicht als solcher nichts zu thun hat“⁴⁾, dass sie „sich also niemals auf die Erfüllung von Verbindlichkeiten beziehe“⁵⁾, d. h., dass die bona fides nie die Norm gewesen sei, welche die Verpflichtung zur Erfüllung der Hauptobligation beherrscht, dass sie kein „schulderzeugendes Princip“ abgegeben habe.

Hängt nach dieser Lehre die bona fides mit der Klagbarkeit der sog. bonae fidei negotia nicht zusammen, so lässt sich ohne Kühnheit annehmen, dass die Klagen ursprünglich stricti iuris iudicia gewesen⁵⁾, n. a. W., dass die Clausel ex fide bona kein ursprünglicher Bestandtheil der Klagformeln gewesen sei.

Man wird nun zugeben müssen, dass der geschilderte bonaefidei-Charakter, wie er uns im classischen Rechte als ausgereifter entgegentritt, sich erst entwickelt hat, nicht von Hause aus den Klagen beiwohnte; aber wäre es nicht trotz-

¹⁾ Die bona fides bei den dinglichen Rechten ist mit der obigen nicht wesensgleich: Pernice, Labeo II S. 143 f. Sie bleibt daher hier ganz ausser Betracht; insbesondere hat das bona fide emere mit unserer bona fides nichts zu thun. — ²⁾ Pernice, Labeo II S. 80 ff. — ³⁾ Pernice a. a. O. S. 144 N. 3. — ⁴⁾ Bechmann, Kauf I S. 629 N. 2, S. 475. — ⁵⁾ Bechmann a. a. O. S. 467. Burckhardt S. 13 f., S. 56.

dem möglich, dass die Formel von je die Clausel *ex fide bona* gehabt hätte?

Es kommt darauf an, einmal, ob wirklich im classischen Rechte *bona fides* und Erfüllungspflicht nichts mit einander gemein haben; und sodann, ob die *fides bona* der Clausel von je den classischen Begriff der *bona fides* vertreten habe, ob wir nicht vielmehr in ihr doch den klagbegründenden Factor zu suchen haben. Damit wäre zugleich die oben unter 1 aufgestellte Frage gelöst.

Der letzteren Auffassung sehr nahe kam Bekker, Actionen I S. 162. 164; bestimmt ausgesprochen haben sie Dernburg, Compensation² S. 57¹⁾, Jhering, Geist⁴ III S. 488 (Text nach N. 661) und besonders deutlich Bernhöft, Staat und Recht S. 173 und Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. III S. 446 f.

Näher begründet ist diese Ansicht bisher nicht, und Burckhardt geht über sie ganz hinweg. Sie quellenmässig zu erweisen, ist der Zweck des folgenden Aufsatzes.

Zur Festsetzung des Beweisthemas ist noch eine Bemerkung vorzuschicken.

Die oben erwähnte Meinung über das Wesen der *bona fides*, welche heute als die herrschende gelten kann, unterscheidet zwischen *fides* und *bona fides*, indem sie auf jene die Erfüllungspflicht zurückführt²⁾, und insbesondere hat Pernice, Labeo I S. 408 ff. klargestellt, dass die *fides* die Grundlage einer Reihe von Verträgen ist.

Demgegenüber stelle ich folgende Sätze auf:

1. Die *fides bona* der Clausel *ex fide bona* ist ursprünglich die *fides* selbst im objectiven Sinne.
2. Sie beherrscht, wie diese, die Verpflichtung zur Erfüllung der contractlich verabredeten Hauptleistung; dies ist ihre principale Function auch noch im classischen Rechte.
3. Sie ist der klagerzeugende Factor gewesen, indem sie sich als eine Norm des *ius gentium* darstellt.

¹⁾ In seinen Pandekten II § 7 ist nicht mehr von *bona fides*, sondern nur von *fides* die Rede; s. aber auch Pand. I § 124. — ²⁾ Bechmann, Kauf I S. 475, S. 629. Pernice, Labeo II S. 144 N. 3.

4. Der bonaefidei-Charakter entwickelte sich, wahrscheinlich auf die Autorität des Q. Mucius Scaevola hin, aus der Clausel *ex fide bona* durch Interpretation der Juristen.

I. Fides und fides bona.

1. Dass die fides bona ursprünglich die nämliche Bedeutung wie die fides selbst hatte, liesse sich vielleicht so erklären, dass das Adjectiv bona nur zur Verstärkung des Begriffes hinzugefügt sei; man könnte damit die parallele Formel: *ut inter bonos bene agere oportet*, sowie das *aequum (et) bonum* vergleichen.

Wichtiger aber ist die Feststellung der ursprünglichen Bedeutung von fides selbst. Nach Ausweis der Lexica ist fides eigentlich das Vertrauen auf jemanden oder etwas. Hält man dem den Gegensatz von fides bona und fides mala gegenüber, so wird es wahrscheinlich, dass fides an sich ein farbloser Begriff, eine vox media s. anceps gewesen sei, und dass dieser indifferente Begriff seine nähere Bestimmung als Ver- und Zutrauen oder als Misstrauen erst durch die Beifügung der Adjectiva bonus und malus erhalten habe, wenn auch Gellius XII, 9, 1 unter den Beispielen der vocabula media et communia gerade die fides nicht nennt.

Auch in der hier massgebenden übertragenen Bedeutung wird demnach fides die Treue nach der positiven wie negativen Seite, im guten wie im schlechten Sinne, Treue und Treulosigkeit gewesen sein.

Die erstere Bedeutung wurde die überwiegende, so zwar, dass wir kein Zeugnis besitzen, in welchem fides allein die Treulosigkeit geradezu bedeutete.

Wohl aber giebt es einige wenige Zeugnisse, welche m. E. die ursprünglich indifferente Bedeutung von fides darthun, und in denen wir, da es uns an einem ähnlichen Begriff wie Ausdruck mangelt, fides mit Treulosigkeit wenigstens frei übersetzen können.

Zunächst sind es zwei Stellen von Cicero:

Phil. VI, 4, 11: *quae potest esse maior fides quam fraudare creditores;*

pro Rose. Am. 40, 116: ad cuius igitur fidem confugiet, cum per eius fidem laeditur, cui se commiserit.

In der letzteren Stelle entsprechen sich: cuius fidem — eius fidem; eius wäre daher als genitivus subjectivus (dessen fides), nicht als objectivus (Vertrauen auf ihn) aufzufassen.

In beiden Stellen sodann dürfte nicht an eine Ironie, vielmehr an ein Wortspiel zu denken sein, das in den beiden Bedeutungen von fides seinen Grund hat.

Ein weiteres Zeugniß für die behauptete Bedeutung von fides ist in der alten Formel der fiducia bei Cic. de off. III, 17, 70 gegeben:

uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem. Wegen des propter te kann das fidemve tuam nicht heissen: Vertrauen auf dich, sondern nur: deine fides, und die Bedeutung von Treue ist hier unmöglich. „Dein Verhalten in Ansehung der Treue und Redlichkeit“ liessen sich die Worte etwa wiedergeben.

Hat hiernach fides in der That einen indifferenten Begriff in älterer Zeit vertreten, so wird es auch erklärlich, dass der peinlich gewissenhafte Sprachgebrauch derselben die fides in f. bona und f. mala schied.

Genau so war dolus eine vox media¹⁾: es gab einen dolus malus und einen dolus bonus; den letzteren Ausdruck nennt Ulpian (wohl nach älteren Quellen) in L. 1 § 3 D. 4, 3.

So ist es denn von Anfang an wahrscheinlich, dass die fides bona unserer Clausel ursprünglich keine andere Wortbedeutung gehabt habe als fides im guten Sinne.

2. Bekräftigt wird diese Annahme durch die Beobachtung, dass, gleichwie beim Terminus dolus malus das Adjectiv dem Substantiv folgt, ebenso der ältere juristische Sprachgebrauch — den vulgären werde ich nachher berühren — nie die technische Wendung des classischen Rechts: bona fides, sondern durchgängig fides bona setzt. Dementsprechend finden wir in den Digesten nur die Stellung: mala fides; aber noch Cicero de nat. deor. 3, 30, 74 sagt dafür: fides mala, im deutlichen Gegensatze zur fides bona.

Die fides bona ist also eine vollständige Parallele zum

¹⁾ Die Zeugnisse s. bei Pernice, Labeo II S. 61 N. 2 und 3.

dolus malus. Aber während der Terminus *dolus malus* in dieser Wortstellung sich im ganzen römischen Rechte erhielt und mit dem *dolus* (in dem später ausschliesslich schlechten Sinne) begriffseins blieb, hat sich einer besonderen Entwicklung zufolge die *fides bona* von der *fides* (im hauptsächlichen, guten Sinne) getrennt und ist als sog. *bona fides* ein selbstständiger Begriff geworden, so dass sich als Gegensätze ergeben: *fides bona* — *fides mala* und: *bona fides* — *dolus* (malus).

So gewiss die *bona fides* des classischen Rechts aus der alten *fides bona* der Formel entwickelt wurde, so muss man doch eben als festen Ausgangspunkt nehmen, dass die ursprüngliche, formelmässige *fides bona* ein ander Ding gewesen ist als die spätere *bona fides*. Hiernach kann die Aenderung des juristischen Sprachgebrauches schwerlich ein Zufall sein. Der ältere Sprachgebrauch stellt das Adjectiv nach, nur um den positiven Sinn von *fides* im Gegensatze zur *fides mala* unzweifelhaft festzustellen, also um erst den Ausdruck für den positiven Begriff zu gewinnen; für den einmal gegebenen guten Sinn von *fides* selbst wäre der Zusatz *bona* unwesentlich, überflüssig: er „qualificirt“¹⁾ die *fides* als einen indifferenten Begriff, aber er qualificirt die *fides* im guten Sinne nicht weiter.

Der neuere juristische Sprachgebrauch dagegen setzt den positiven Begriff von *fides* selbst voraus und macht innerhalb dieser neuen Gattung durch Vorsetzung des Adjectivs *bona* einen Artunterschied.

3. Jener ältere Sprachgebrauch reicht mindestens bis auf Cicero; meines Wissens ist weder bei ihm noch vor ihm die *bona fides* als juristisches Kunstwort zu finden. Ich lasse die älteren Zeugnisse für die *fides bona* folgen, möchte aber, um nicht missverstanden zu werden, noch einmal bemerken, dass es mir nur auf den älteren Sprachgebrauch als solchen ankommt, weil dieser mir für die Erkenntniss des ursprünglichen Begriffes schlüssig zu sein scheint, und dass es deshalb

¹⁾ Bechmann, Kauf I S. 617: „Dass die *bona fides* eine Art und zwar eine qualificirte Art der *fides* selbst ist, liegt ohne Weiteres schon im Ausdruck.“

gleichgiltig ist, dass in den Zeugnissen seit Mucius Scaevola der ursprüngliche Begriff der *fides bona* bereits in der Richtung nach der neueren *bona fides* erweitert ist.

A. Die Formel *ex fide bona*:

a) *quidquid dare facere oportet ex fide bona*:

lex Rubria c. 20 bis.

Cicero *de off.* III, 15, 61; 16, 66; 17, 70. *top.* 17, 66.

Valerius Maximus VIII, 2, 1. — Probus (Einsidl.) 8.

Gaius IV, 47 (wohl nach dem Julianischen Edictsalbum).

b) die *exceptio doli* des Q. Mucius Scaevola bei Cic. *ad Att.* 6, 1 § Ego:

extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona.

B. Im unmittelbaren Anschluss an die obige erste Formel: Mucius bei Cic. *de off.* III, 17, 70:

fideique bonae nomen existimabat manare latissime.

Cicero *de off.* III, 16, 67: *ergo ad fidem bonam statuit pertinere.*

top. 17, 66: *illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum.*

sowie *de nat. deor.* 3, 30, 74: *inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt.*

C. Fraglich, ob im Anschluss an die Formel:

Cato *de r. r. c.* 14: *nummos fide bona solvat, in tegulas singulas II.*

4. In der classischen Jurisprudenz ist der Ausdruck *bona fides* zum feststehenden Terminus geworden. Wie tief er eingewurzelt ist, beweist am besten die Thatsache, dass, während das Julianische Edictsalbum an der althergebrachten Clausel *ex fide bona* festhielt (arg. Gaius IV, 47) und hiernach zweifellos in praxi vom Prätor auch später noch die einzelne formula immer mit dieser Clausel gegeben ward, die classischen Juristen kein Bedenken trugen, von diesem officiellen Sprachgebrauch sogar in der Wiedergabe der edictmässigen Formel zu Gunsten der wissenschaftlichen Terminologie abzuweichen.

So

Gaius 3 aureor. L. 5 pr. D. 44, 7 bis (von der actio mandati und neg. gest.):

quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet; ähnlich Gaius III, 155.

Paul. 5 respons. (ex locato et conducto) L. 54 pr. D. 19, 2: in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit¹⁾.

Dazu kommen noch die häufigen Stellen, in denen die Worte ex bona fide in unverkennbarem Anklang an die Formel gebraucht werden:

Gaius L. 46 § 4 D. 3, 3. Ulp. L. 11 D. 16, 3. L. 3 § 8 D. 27, 4. Paul. L. 21 § 4 D. 4, 2 (?). Callistr. L. 33 pr. D. 26, 7,

und insbesondere die Wendung: ex bona fide esse²⁾:

Julian L. 22 § 4 D. 17, 1. African L. 51 pr. D. 21, 1; L. 50 pr. D. 23, 3; L. 47 (46) D. 28, 5. Paul. L. 22 § 4 D. 17, 1.

5. Wir dürfen hieraus schliessen, dass die classischen Juristen nicht selten die von ihnen wörtlich ausgeschriebenen oder frei bearbeiteten älteren Vorlagen, in denen noch die alte Wendung fides bona stand, umgeändert und nach ihrer Meinung richtig gestellt haben.

Ausnahmslos ist es freilich nicht geschehen; es ist nur natürlich, dass sich nicht alle Spuren des alten Sprachgebrauches in den Schriften der classischen Juristen verwischt haben. Wo wir bei ihnen noch die fides bona antreffen³⁾, da werden wir grösstentheils entweder Anlehnung an die Formel oder Entlehnung aus den Schriften der veteres annehmen können.

6. Auf Anlehnung an die Formel dürfte z. B. zurückzuführen sein:

1) Julian 8 digest. (comm. div.) L. 24 pr. D. 10, 3 und Gaius 7 ad ed. prov. (comm. div.) L. 45 D. 41, 1

¹⁾ Oeflers wird die Formel ohne die bonafides-Clausel angegeben: Gaius IV, 60; 131 a. Paulus L. 16 D. 34, 3; L. 89 D. 45, 1. Modestin L. 19 D. 34, 3. — ²⁾ Vgl. dazu Tryphonin L. 31 § 1 D. 16, 3: est ex fide bona. — ³⁾ Fides mala findet sich, wie schon gesagt, in den Digesten nach Ausweis des Index nicht.

(ohne Quellenangabe): quia fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus (sc. communis) adquisierit.

Ob dieser Satz aus älteren Quellen geschöpft ist, ist nicht erkennbar ¹⁾; jedenfalls stellt ihn Julian, worauf Lenel, Paling. mit Berufung auf sein edict. perp. S. 165 N. 8 aufmerksam macht, in unmittelbarem Bezug auf die Formelworte: ex fide bona auf.

- 2) Ulp. 10 ad edict. (de neg. gest.) L. 5 § 6 (4) D. 3, 5: quia nec fides bona hoc patitur.

Möglich, dass diese Worte auf Labeo, der im § 6 selbst, sowie in § 5 und § 8 angeführt wird, zurückgehen. Aber auch hier ist zu bemerken, dass Ulpian an dieser Stelle ad formulam handelt, und wenn auch von L. 3 § 10 bis L. 5 § 14 von der demonstratio (Lenel, Paling. II S. 455 N. 3), so blickt doch die obige Begründung auf die intentio: ex fide bona hin.

- 3) Tryphonin 9 disput. (de deposito) L. 31 § 1 D. 16, 3: est ex fide bona (vgl. dazu oben S. 173 Text zu N. 2).

Tryphonin spricht sonst in dieser Stelle nur von der bona fides.

7. Entlehnungen aus den Schriften der veteres lassen sich nachweisen bez. vermuthen in folgenden Stellen:

- 1) Paulus 34 ad edict. (loc. cond.) L. 24 pr. D. 19, 2: fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit.

Schon der Thatbestand, locatio operis mit lex dicta, weist in die Zeit der Republik, und vollends die gleiche Entscheidung in einem ähnlichen Falle führt Ulpian 28 ad Sab. L. 7 pr. D. 18, 1 (dazu Ulp. ibid. L. 22 § 1 D. 50, 17) als ein placitum der veteres an.

- 2) Paulus 32 ad edict. (pro socio) L. 3 § 3 D. 17, 2: fides bona contraria est fraudi et dolo.

Es dürfte dies ein vorclassisches Rechtssprichwort gewesen sein, nach welchem jedenfalls schon Ofilius und Labeo in L. 16

¹⁾ Vgl. etwa Gaius 3 de verb. oblig. L. 28 § 1 D. 45, 3: magis placuit: der so bezeichnete Standpunkt dürfte der neuere sein.

§ 1 D. 4, 4 bei Ulp. 11 ad edict. in derselben Frage entschieden haben: s. Pernice, Labeo I S. 451.

3) Labeo l. poster. bei Pompon. 7 ex Plaut. L. 21 pr. D. 40, 7:

erit autem ei diligentiae coniuncta fides bona non solum in rationibus ordinandis, sed etiam in reliquo reddendo,

und in etwas veränderter Fassung, aber ebenfalls mit der fides bona, jedoch ohne Quellenangabe bei demselben Pompon 5 ad Sab. L. 8 D. 40, 4. Also sicher ein Zeugniß Labeos, vielleicht eines früheren Juristen; denn wie wir nachher sehen werden, folgt Labeo bereits dem neuen Sprachgebrauche.

4) Trebatius¹⁾ bei Pompon. 32 ad Sab. (de poss. et usucap.) L. 4 pr. D. 41, 10:

si ancillam furtivam emisti fide bona.

Also Trebatius setzt fides bona sogar im Sachenrechte!

5) Vermuthungsweise läßt sich beim iudicium fidei bonae (so die Flor.) in L. 84 § 5 D. 30 Julian, schwerlich²⁾ beim contractus fidei bonae (so die Flor.) in L. 108 § 12 D. 30 African an einen Terminus der veteres denken. Ferner mag Ulpian 3 opin. L. 3 § 2 (L. 2 § 13) D. 50, 8: explorata lege conductionis fides bona sequenda est den veteres folgen.

8. Schon die zuletzt genannten Stellen zeigen, dass es nicht möglich ist, alle in den Digesten vorkommenden Stellen mit fides bona auf einen der beiden genannten Gesichtspunkte mit einiger Sicherheit zurückzuführen. Dies trifft insbesondere noch für folgende Stellen zu:

1) Papinian 20 quaest. L. 3 § 2 D. 22, 1, wo es mit Bezug auf das fideicommissum eius quod superest heisst: quae fide bona deminuta sunt. Fide bona bedeutet hier nicht etwa: in gutem Glauben, wie derselbe Jurist 19 quaest. L. 56 (54) D. 36, 1 beweist: verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat. Das genannte Fideicommiss dürfte erst der Kaiserzeit an-

¹⁾ Cuiacius will freilich: Neratius lesen. — ²⁾ Das Wort contractus verwenden die älteren Juristen nur selten: Pernice in Zeitschr. der Sav.-Stiftung Rom. Abth. 9 S. 219.

gehören: nur Papinian erwähnt es¹⁾, mit einmaliger Berufung auf ein Rescript des Marcus.

2) Ulpian 5 opin. L. 3 D. 50, 13:

ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet.

3) Marcian 2 de iud. publ. L. 6 pr. D. 48, 3:

idem de irenarchis praeceptum est, quia non omnes ex fide bona elogia scribere compertum est.

Das praeceptum stellten wohl Mandate oder Rescripte etwa von Hadrian und Pius auf: L. 6 pr. § 1 D. ibid.

4) Aus nachclassischer Zeit ist z. B. anzuführen L. 18 C. 2, 18 (19) Diocletian: fides bona suasit (nicht suadet).

9. Aus den in Nr. 7 zusammengestellten Zeugnissen dürfte hervorgehen, dass die veteres den neuen Sprachgebrauch noch nicht kannten; Trebatius spricht auch von fides bona im Sachenrecht²⁾. Dazu passt der Sprachgebrauch des ungefähr gleichaltrigen Cicero durchaus.

Dass mit Labeo der neue Sprachgebrauch anhebt, ist wahrscheinlich. Zwar wird auch er die alte Wendung dann beibehalten haben, wenn er Aussprüche seiner Vorgänger citirte: die obige Trebatius-Stelle stammt doch sicherlich aus seinen Werken. Im übrigen giebt es Originalstellen von ihm mit der einen oder anderen Wendung nicht; doch haben wir wohl bei Ulpian in L. 7 § 10 D. 2, 14, wo bona fide im Gegensatze zu dolus und fraus steht, Labeos eigene Worte vor uns³⁾.

Den Juristen nach Labeo ist die bona fides, natürlich im

¹⁾ So noch in L. 70 § 3, L. 71, L. 72 D. 31, L. 60 (58) §§ 7. 8 D. 36, 1. — ²⁾ Ob die Stelle des Trebatius vereinzelt dasteht, könnte sich fragen; nach Venuleius L. 4 § 1 D. 43, 29 hätte Trebatius bona fide emere gesagt. Immerhin ist es das wahrscheinlichste, dass der ältere juristische Terminus im Vertrags- wie im Sachenrechte der gleiche war. Die Formel der actio Publiciana nach Ulp. L. 7 § 11 D. 6, 2: qui bona fide emit bleibt zweifelhaft: Pernice, Labeo II S. 158 ff. Dernburg Pand. I § 228 N. 3 und andererseits Lenel edict. perp. S. 131; ebenso das bona fide vendere des Q. Mucius (meus hat die Flor.) in L. 23 pr. D. 40, 12. Doch soll hier auf diese Frage kein Gewicht weiter gelegt werden. — ³⁾ In L. 2 D. 27, 6, Labeo bei Paulus, steht bona fide im vulgären Sinne.

juristischen Sinne, um die es sich hier allein handelt, ganz geläufig. Es genügt zu verweisen einmal auf Proculus:

5 epistul. L. 78 D. 17, 2: iudicium pro socio bonae fidei est;

6 epistul. L. 68 D. 18, 1 und bei Paulus L. 17 (18) D.

3, 5: bonam fidem praestare

(sowie bei Pompon L. 21 pr. D. 41, 1: bona fide servire); und sodann auf Sabinus, dessen eigene Worte ich in L. 11 D. 16, 3 Ulp.: ex bona fide und convenit bonae fidei zu finden glaube; denn „Sabinus hoc explicuit“; vgl. andererseits das bona fide emere und bona fide emptor bei Paulus L. 27 D. 18, 1 = fr. Vat. 1 und L. 9 D. 42, 8.

So rechtfertigt sich die Behauptung, dass die Wendung bona fides erst der classischen Jurisprudenz angehört, dieser aber von Anbeginn; möglich, dass Labeo selbst den neuen Sprachgebrauch eingeführt hat.

10. Fassen wir die bisherigen Ausführungen kurz zusammen, so lautete der ältere juristische Sprachgebrauch: fides bona, und unter derselben stellen wir uns die fides im guten Sinne im Gegensatze zur fides mala vor.

Indessen decken sich die Begriffe von fides bona in unserer Clausel und von fides im guten Sinne doch nicht vollständig; der Begriff der ersteren fordert eine Einschränkung, welche freilich in der Wendung selbst nicht zum Ausdruck gelangt, sondern auf dem Sprachgebrauch beruht.

Die positive fides kann subjectiv und objectiv verstanden werden: als Treue, redliches Verhalten des Einzelnen innerhalb eines gegebenen obligatorischen Verhältnisses und als das Verhalten eines redlichen Mannes, welches für das erstere eine objective Norm abgibt.

Die subjective Bedeutung von fides ist auf dem Privatrechtsgebiet die vorwiegende (fide tua esse iubes; fidei tuae committo u. s. w.).

Dagegen die fides bona der Clausel bezeichnet immer nur einen objectiven Massstab, welcher in dem Verhalten eines redlichen Mannes (vir bonus) gegeben ist¹⁾, wie dies schon aus der Präposition ex hervorgeht.

¹⁾ So namentlich Pernice, Labeo II S. 80 f. — Dasselbe gilt von den „boni mores“: L. 15 § 6 D. 47, 10 Ulp.

Fides bona ist also nicht die positive fides schlechthin, sondern die positive fides in einem engeren, nämlich im objectiven Sinne.

Ein specifischer Unterschied im Begriffe der fides im allgemeinen und der fides bona im besonderen, d. h. in ihren Richtungen und Beziehungen, ist damit nicht begründet; nur der Standpunkt, von welchem man das mit fides bezeichnete Verhalten des Einzelnen betrachtet, kann ein verschiedener sein.

Demnach werden fides bona und fides, auch auf dem Gebiete des Obligationenrechts, promiscue gebraucht.

11. Erwähnenswerth ist in dieser Beziehung zunächst die dem vulgären Sprachgebrauche angehörige Wendung bona fide, welche sich zuerst bei Plautus¹⁾ findet, und die dem feststehenden juristischen Sprachgebrauche der älteren Zeit gegenüber ebenso typisch ist, gegen diesen selbst aber freilich keinen Gegenbeweis liefert.

Sie bedeutet bei den Komikern: ehrlich, wahrhaftig. Später ist diese Bedeutung ganz verblasst; so bei Cicero de leg. agrar. II, 37, 100: polliceor hoc vobis bona fide, wofür er bald darauf (II, 37, 103 i. f.) sagt: pro certo polliceor; so ferner bei Quintilian (unten N. 1).

Bei Plautus und Terenz erinnert die Phrase an den Gegensatz von dolus malus (ebenfalls im vulgären Sinne): „sagst du die Wahrheit oder belügst du mich?“ Sie findet ihr Seitenstück in der häufigen Wendung: haud dicam dolo, sowie in dem: dico sedulo (s. Pernice, Labeo II S. 61 N. 3 und S. 74 N. 1)²⁾.

¹⁾ Die Belege bei Pernice, Labeo II S. 75 N. 3; dazu noch Plaut. Most. III, 1, 140: bonan' fide? — si quidem es argentum redditurus, tum bona; si redditurus non es, non emit bona. Pseud. IV, 6, 33: bonan' fide istuc dicis? Poen. I, 3, 30: bona dicam fide? — Quintilian inst. orat. X, 3, 23: neque enim se bona fide in multa simul intendere animus totum potest. — Degegen dürfte wohl Cato de r. r. 14, 3: et nummos fide bona (sic!) solvat zu streichen sein: die Stelle wird weiter unten zur Sprache kommen. — ²⁾ Vielleicht gerade deswegen, weil sich in dieser vulgären Wendung der Gegensatz zum dolus so ausgesprochen hervordrängt, steht in ihr das Adjectiv voran. Die Formel ex fide bona dagegen setzt ursprünglich einen ganz anderen Gegensatz voraus: nämlich ex iure civili (unten Abschnitt III).

Auf der anderen Seite sagt Plautus anstatt: bonan' fide? im ungefähr gleichen Sinne: tuan' fide? z. B. Capt. IV, 2, 102. Wahrscheinlich tritt uns hier nur der Unterschied von fides im objectiven und im subjectiven Sinne entgegen und setzen beide Wendungen den Gegensatz von dolus malus (im vulgären Sinne).

12. Nach der Formel der fiducia: uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem äussert sich die fides (als mala) in der Begehung einer fraus (fraudare)¹⁾, und in dieser Beziehung hat demnach die positive fides bereits die Function und Bedeutung der späteren bona fides: sie erfordert Abwesenheit der fraus. Die entsprechende Clausel der Formel der Peculienklage lautet nach L. 36 D. 15, 1 geradezu: si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est. Im übrigen ist es sicher, dass der Fiduciar bonam fidem prästiren muss, wie wenn die Klagformel die Clausel: ex fide bona gehabt hätte (Mucius Scaevola bei Cic. de off. III, 17, 70). Also die objective fides bona und die subjective fides treffen auf demselben Gebiete zusammen: beiden widerspricht die fraus.

13. Belangreicher und weitgreifender als die besprochenen vereinzelter Erscheinungen ist die Thatsache, dass Cicero im Zusammenhange mit den bonae fidei iudicia häufig von der fides allein spricht. Die Hauptstelle dafür ist de nat. deor. III, 30, 74 (oben S. 172); hier entspricht den Worten de fide mala mit Bezug auf Tutel, Mandat, societas und fiducia das nachfolgende contra fidem mit Bezug auf Kauf und Miethe, und die fides mala bildet hier den deutlichen Gegensatz, sachlich wie sprachlich, zur fides bona²⁾. Cicero setzt also die fides (im objectiven Sinne) der fides bona gleich.

¹⁾ Es gehören zusammen: propter te und captus (dolos) einerseits und (propter) fidemve tuam und fraudatusve (fraus) andererseits. Unter fraus dürfte der dolus praesens im Gegensatze zum dolus praeteritus zu verstehen sein. — Ueber das Verhältniss der bona fides zum dolus s. Pernice, Labeo II S. 83 ff.; über die obige Formel ibid. S. 82. —

²⁾ So auch Bechmann, Kauf I S. 648. S. 617 N. 1; nach Pernice, Labeo II S. 145 bezieht sich die fides mala auf die Verletzung der fides selbst. Beides lässt sich, wie oben geschehen, vereinigen.

Man könnte hierin nun zwar ein einzeltes Vorkommniss sehen und eine derartige Abwechselung zwischen *fides bona* und *fides* leicht begreiflich finden¹⁾; allein bei Cicero liegt die Sache doch anders.

Von der *fides bona* spricht er nur in zwei Stellen, und in diesen obenein in Anknüpfung an die unmittelbar vorhergenannte Formel *ex fide bona*²⁾; mit dem *iudicium de fide mala* aber in der eben angeführten Stelle citirt er gewissermassen die Formel selbst. Im übrigen findet sich die *fides bona* (oder *mala*) bei ihm nicht mehr, und dies ist um so auffallender, als er sich sehr häufig mit den hierher gehörigen *negotia* beschäftigt.

Diese Thatsache wird nun freilich verständlicher einerseits dadurch, dass er mit Vorliebe, wie z. B. in den *Officien*, auf das Verhalten eines *vir bonus* verweist, welches seit dem letzten Jahrhundert der Republik, sicher seit *Mucius Scaevola*, mit der *fides bona* verselbigt wird, oder dass er allgemeinere, untechnische Ausdrücke verwendet³⁾.

Andererseits aber und insbesondere erklärt sich jene Erscheinung daraus, dass er eben an die Stelle der formelmässigen *fides bona* die *fides* selbst setzt: kein Zweifel, dass ihm beide begrifflich identisch sind. Jener erstere Terminus mag ihm als ein archaisches Formelwort erschienen sein, und wir wissen, wie er sich über den juristischen Formelkram lustig machte. Begriffsbestimmend war für ihn das Adjectiv *bona* jedenfalls nicht; so liess er es als überflüssig weg oder ersetzte es wohl auch durch ein anderes (*magna fide*) oder steigerte es zum Superlativ (*optima fide*). Dabei ist ihm denn freilich unversehens eine Vertauschung der objectiven *fides* mit der subjectiven mituntergelaufen; aber man ersieht doch

¹⁾ Wie Bechmann a. a. O. S. 617 N. 1 urtheilt. — ²⁾ *De off.* III, 16, 67; *top.* 17, 66; ebenso in *de off.* III, 17, 70, wo Cicero den *Mucius* reden lässt. — ³⁾ So spricht er von der *iustitia ad rem gerendam* (Kauf und Miethe) *necessaria*: *de off.* II, 11, 40, und dazu *fides iustitiae*: *ibid.* III, 20, 79; 82. 29, 104; vgl. I, 7, 23 und *partit. orat.* 22, 78; ferner vom *aequus, facilis in omni re contrahenda*: *de off.* II, 18, 64; von einem *perfidus, improbus, malitiosus* Verkäufer: *ibid.* III, 14, 60, und von der *iniusta aut improba venditio*: *ibid.* III, 13, 54.

auch hieraus, wie wenig ihm die fides bona ein besonderer Treubegriff war.

14. Die Bedeutungsgleichheit der (objectiven) fides mit der fides bona tritt in den einzelnen Stellen Ciceros, welche sogleich aufgezählt werden sollen, bald mehr, bald weniger hervor; aber es ist nicht zu vergessen, dass er selbst die zuerst von Mucius Scaevola bezeugte Lehre von den iudicia, in quibus additur ex fide bona, uns überliefert hat, und dass er sie aus Theorie wie Praxis zur Genüge kannte. Aus diesem Gesichtspunkte ist die Thatsache zu würdigen, dass er trotz der vielen Anlässe den terminus technicus fast geradezu vermeidet und sich häufig mit der fides allein begnügt.

Ausser der obigen Stelle lassen sich noch folgende anführen:

de off. I, 7, 23: fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas¹⁾; vgl. ibid. I, 10, 31: veritas et fides.

partit. orat. 22, 78: iustitia . . . creditis in rebus fides . . . nominatur.

de off. I, 5, 14: rerum contractarum fides.

III, 19, 77: fides alicuius bonitasque, wo bonitas die Eigenschaft eines vir bonus bedeutet und mit fides (hier im subjectiven Sinne) wohl synonym steht.

I, 10, 31, wo vom reddere depositum gesagt wird:
1) pertinet ad fidem, 2) es ist die Pflicht eines Mannes, quem virum bonum dicimus. Also auch hier fides = bonitas, so dass die Frage, ob Cicero die in ius concepta formula depositi kannte, für unsern Zweck auf sich beruhen kann.

in Catil. II, 11, 25: hinc fides, illinc fraudatio.

pro Quinct. 3, 13: qui magna fide societatem gererent, arbitrium pro socio condemnari solerent.

6, 26: si . . . fide societas . . . colitur, . . . perfidiosum.

¹⁾ Bechmann, Kauf I S. 662: „Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass kraft der bona fides die Dikta schon frühzeitig als rechtsverbindlich anerkannt worden sind.“

top. 10, 42: si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator; vgl. dazu das bonam fidem praestare in der Nummer 16 auf S. 183.

pro Sext. Rosc. 49, 144: si nulla in re te fraudavit, si tibi optima fide¹⁾ sua omnia concessit, adnumeravit, adpendit.

in Verr. II, V, 69, 177: reliquum iudicium iam non de mea fide . . . futurum: enthält eine Anspielung an die obengenannten iudicia de fide mala.

15. Auch noch bei den classischen Juristen steht bisweilen die bloße fides im Sinne der bona fides. So namentlich in der Wendung: ex fide, wo, nach der Präposition ex zu schliessen, die fides den objectiven Sinn, ganz wie die bona fides, vertritt.

Rescript von Marcus (bei Ulp.) L. 37 D. 40, 5 und Paulus L. 53 D. 40, 4: rationem (actus sui, vom Sklaven) ex fide reddere, dare.

Scaevola L. 60 § 4 D. 17, 1: quatenus res ex fide agenda esset, mandasse.

Tryphonin L. 67 § 6 D. 23, 2: qui bene tutelam et ex fide administravit; zu bene et ex fide vgl. die Formel: ut inter bonos bene agere oportet.

Ulpian L. 19 D. 26, 7: si non ex fide curam gerat²⁾.

Insbesondere mit dem in der ersten Stelle genannten rationem reddere ex fide des Sklaven ist zur Erhärtung des Gesagten zusammenzustellen:

African L. 32 D. 35, 1: bona fide redditas esse rationes und L. 22 i. f. D. 40, 4: ex aequo et bono rationes reddere;

Proculus, Pegasus, Neratius bei Paulus L. 17 (18) D. 3, 5: bonam fidem eum, qui in servitute gerere coepit, praestare debere.

¹⁾ Fides optima findet sich bei Cicero: pro Flacc. 40, 102: quum tuae fidei optimae et spectatissimae salutem urbis et civium commendabam; Phil. XI, 5, 11: ego defendi fide optima, wofür sonst auch fide defendere: pro Ligar. 2, 6 und in Q. Caec. div. 21, 67. — ²⁾ Dazu noch etwa: Rescript (von Pius?) bei Macer und Ulpian L. 4 § 4, L. 14 pr. D. 49, 1: ex fide causam defendere, agere.

Die übrigen angeführten Stellen sprechen für sich selbst.

16. Eine andere hierher gehörige Wendung ist *fidem praestare*. Sie bedeutet in der Regel die Erfüllung einer Verpflichtung; so *pacto, transactioni fidem praestare* (Ulp. L. 52 § 1 D. 2, 14; L. 27 pr. D. 5, 2) und beim Fideicommiss (Celsus und Ulp. L. 5 § 15 D. 24, 1; Julian bei Callistr. L. 3 pr. D. 49, 14. Paulus L. 40 pr. D. *ibid.*).

Zuweilen aber geht sie, wie auch die obige Wendung *ex fide*, dem *bonam fidem praestare* parallel. Es stehen sich nämlich gegenüber:

a) bei der Tutel:

fidem praestare (*exhibere*): Pompon. 16 ad Q. Mucium L. 4 D. 27, 5; Tryphonin L. 37 (38) D. 3, 5; Ulp. L. 8 D. 26, 1 — und

bonam fidem praestare: Julian bei Ulp. L. 5 § 7 D. 26, 7.

b) beim Mandat und der *negotiorum gestio*:

fidem praestare: Tryphonin l. c.; Paulus L. 22 § 5 D. 17, 1; Ulp. L. 6 § 5 D. 3, 2 — und

bonam fidem praestare: Paulus L. 59 § 1 D. 17, 1¹⁾; Ulp. L. 10 pr. D. *ibid.* (vgl. dazu L. 8 § 9 § 10 D. *ibid.*: *dolo facit, qui non restituit*).

Zu der Wendung *bonam fidem praestare* ist noch zu bemerken, dass sie erst seit Proculus begegnet, und dass sie möglicher Weise, nicht nothwendig, die subjective Bedeutung auch von *bona fides* darthut²⁾. Hält man an der objectiven Bedeutung fest, so wird man sie auch dem blossen *fidem praestare* beilegen können.

Sonach ergibt sich aus den bisherigen Erörterungen für die *fides bona* der Clausel der ursprüngliche Begriff der positiven *fides* im objectiven Sinne, welcher sich auch in der *bona fides* des classischen Rechts fortsetzt.

¹⁾ Freilich ist wohl diese Stelle interpolirt: Pernice, Zeitschr. der Sav.-Stift. Rom. Abth. Bd. 9 S. 217 N. 2. — ²⁾ Pernice, Labeo II S. 81 N. 24. — Die die Wendung bekundenden Zeugnisse s. oben in Nummer 15 und 16; dazu noch L. 68 pr. D. 18, 1 Proculus (vom Verkäufer) und L. 35 D. 17, 2 Ulp. (vom Erben des *socius*).

II. Die bona fides und die Erfüllungspflicht.

1. Es gilt als anerkannt, dass sich die fides auf dem Gebiete des Vertragsrechtes im Halten des gegebenen Wortes, in der Leistung des Zugesagten, in der Erfüllung des das Wesen der einzelnen Verträge ausmachenden Versprechens bethätigt. Die Erfüllung der contractlichen Hauptverpflichtung ist eine Forderung der objectiven fides ebensogut, wie Sache der subjectiven fides des Einzelnen: der Gegensatz von fides im objectiven und subjectiven Sinne kommt daher hier nicht weiter zur Geltung, hat keine praktische Bedeutung.

Haben wir nun in der alten fides bona der Clausel die objective fides erkannt, so muss schon hiernach das obige Postulat auch auf die erstere erstreckt werden. Dies trifft um so mehr zu, als auch die classische bona fides sich principiell und in erster Linie auf die Erfüllungspflicht im angegebenen Sinne bezieht, wenngleich gerade diese ihre Beziehung nicht interessant genug ist, als dass wir ihre öftere Erwähnung in den Quellen erwarten dürften.

Diese Behauptung soll nun sowohl für die fides bona als auch für die bona fides noch besonders quellenmässig begründet werden.

2. Das älteste sichere Zeugniss für die fides bona ist das des Cato de r. r. 14, 3:

nummos fide bona solvat, in tegulas singulas II.

Der Preis für die hier behandelte, den Neubau einer villa betreffende operis locatio ist nach der Zahl der verbauten Ziegel fest bestimmt, und es ist sogar noch des näheren verabredet, wie die Ziegel zu zählen sind ¹⁾. Der Schuldner soll also einfach zahlen, das ist die hauptsächlichste Bedeutung der Worte: fide bona solvat ²⁾. Das Zeugniss ist nach der Person des Schriftstellers wie nach der Terminologie (fides bona) m. E. ein juristisches ³⁾.

¹⁾ Bekker in Zeitschr. für Rechtsgesch. III S. 423. — ²⁾ In dem Coniunctiv solvat steckt ein oportet; doch ist es eine andere Frage, ob die Formel schon zu Catos Zeit gegeben war. — ³⁾ Bechmann, Kauf I S. 619 und Pernice, Labeo II S. 76 N. 3 nehmen die vulgäre Bedeutung von fide bona an.

Hieran reiht sich Cicero de off. I, 10, 31, wonach das reddere depositum Pflicht eines vir bonus und zugleich Sache der fides (= fides bona: oben S. 181) ist; ähnlich parad. III, 1.

Nur eine Anspielung auf die fides bona beim Kaufe findet sich bei Plautus Most. III, 1, 139 ff. (oben S. 178 N. 1). Wie diese Stelle auszulegen sei, darüber kann man zweifeln¹⁾; mir erscheint es als das einfachste und natürlichste, auch hier lediglich an Erfüllung zu denken: der Käufer kauft bona fide, wenn von seiner Seite erfüllt wird, d. h. wenn Verkäufer den Kaufpreis erhält, mag nun der Hausvater oder Haussohn zahlen.

3. In diesem Zusammenhange ist auch das erste karthagische Bündniss einer kurzen Betrachtung zu unterziehen. Dasselbe hatte nach Polybius III, 22, 9 die Bestimmung:

ὅσα δ' ἂν, τούτων παρόντων, πραθῇ, δημοσίᾳ πίστει
ὀφειλέσθω τῷ ἀποδομένῳ.

Dass die Uebersetzung des Polybius nicht genau ist, kann als sicher gelten; aber der Sinn dieses Bündnissartikels ist klar erkennbar²⁾. Wenn der Verkäufer³⁾ vorgeleistet hat, so soll ihm der Kaufpreis fide publica⁴⁾ geschuldet sein, d. h. natürlich gezahlt werden. Es ist von Interesse, dass auch hier das Leistenmüssen auf die fides gestellt wird und zwar auf die fides publica.

Dass der Staat sich selbst aus den Kaufgeschäften seiner Bürger irgendwie verpflichten wollte, ist schwer zu glauben; er sichert dem Verkäufer nur den Rechtsweg. M. E. geht die fides publica der fides bona parallel: sie verhalten sich zu einander wie ius publicum und ius privatum.

Das Rechtsgeschäft bestimmt sich weder hier noch dort nach der subjectiven fides des Einzelnen, sondern nach einer objectiven Norm, nach der fides bona als dem Verhalten eines redlichen Mannes und nach der fides publica als der im foedus selbst gegebenen Norm. Fides publica ist subjectiv die Ver-

¹⁾ s. Bechmann a. a. O. S. 617 f. — ²⁾ s. dazu Bechmann a. a. O. S. 439. — ³⁾ Voigt, Ius natur. II S. 576 übersetzt πραθῇ missverständlich: actum fuerit (= πραχθῇ). — ⁴⁾ So ist auch hier die Wortstellung: Cic. pro Sest. 22, 50; de prov. cons. 2, 3; in Catil. III, 4, 8; ad Att. 2, 24, 2. Sallust. Catil. 47, 1; 48, 4; Iug. 32, 1; 35, 7. Varro de l. l. V, 86. Gellius XX, 1, 40. Ulp. L. 24 § 2 D. 42, 5 u. a. m.

tragstreue der beiden Staaten als der das Bündniss abschliessenden Contrahenten, objectiv das foedus selbst, wie denn πίστις und fides auch geradezu foedus bedeuten¹⁾. Der gegenseitige Privatrechtsverkehr der Bürger beider Gemeinwesen steht natürlich unter der Herrschaft einer objectiven Norm, diese ist das foedus, gleich wie ein Gesetz. Der Kaufpreis wird daher geschuldet ex foedere = ex fide publica, und das „ex“ mag im lateinischen Text gestanden haben.

Fides publica wie fides bona begründen darnach gleicher Weise das Leistenmüssen.

4. Dass weiterhin die bona fides des classischen Rechts auch und zwar in erster Linie auf die Erfüllungspflicht von den Juristen bezogen wird, dafür liegen einige, wenn auch wenige, so doch voll beweiskräftige Stellen vor. Die geschichtliche Continuität ergeben die vorhergenannten Zeugnisse; blosse Speculationen der oder einzelner classischer Juristen sind daher nicht anzunehmen.

Zunächst zwei Stellen über die bona fides beim Depositum²⁾.

L. 11 D. 16, 3 Ulp. 41 ad Sab. (de furtis) nach Sabinus; denn: denique Sabinus hoc explicuit addendo . . . Der Text selbst lautet:

quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide: nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod quis accepit, sed debet reddere ei, a quo accepit, sic tamen, si sine dolo omni [omnia?] reddat.

Hiernach ist es das oberste Princip der bona fides, dass der Depositär an den Deponenten leistet, und daran können nur gewisse andere, überwiegende Grundsätze der bona fides etwas ändern.

Ganz ähnlich L. 31 pr. § 1 D. 16, 3 Tryphonin 9 disput.

¹⁾ Vgl. Pernice, Laheo I S. 412 N. 20 ff. — ²⁾ Die eigenthümliche Verwendung der bona fides in diesen Stellen ist von Pernice, Laheo II S. 144 N. 3 a. E. bemerkt, und Bechmann, Kauf I S. 633 N. 1 nennt die oben an zweiter Stelle genannte L. 31 D. 16, 3 „in ihrer Diktion nicht immer ganz korrekt“.

Nach dem principium beherrscht die bona fides das Depositum. Urtheilt man nur nach dem ius gentium, dem dasselbe angehört, so erfordert die bona fides Restitution seitens des Depositars an den Deponenten, also Erfüllung. Da aber die bona fides aequitatem summam desiderat, so ist auch das ius civile in Betracht zu ziehen, und dieses kann seinerseits die obige principale Verpflichtung modificiren.

Ebenso § 1: haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit.

Denselben Gedanken hat bereits Cicero in der schon öfters erwähnten Stelle de off. I, 10, 31 ausgeführt.

Sodann lehrt Ulpian 32 ad edict. in L. 11 § 1 D. 19, 1 vom Kauf:

cum enim sit bonae fidei iudicium (sc. empti), nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum sit.

Dieses „actum“ wird gewöhnlich auf die bekannte Function der bona fides bezogen, pacta adiecta an der rechtlichen Kraft des Hauptcontracts theilnehmen zu lassen¹⁾ oder den lückenhaften Willen der Parteien zu ergänzen²⁾.

Allein näher besehen ist hier das actum das, quod praestari convenit, wie es vorher ausdrücklich gesagt ist, und sein Gegensatz ist das folgende: quod si nihil convenit. Dementsprechend stellt der sich sofort anschliessende § 2 als erste Verpflichtung des Verkäufers, welche also bonae fidei congruit, auf: ipsam rem praestare venditorem oportet.

5. Dies sind die am deutlichsten redenden Zeugnisse. Neben ihnen wären etwa folgende noch von Belang.

L. 21 pr. D. 40, 7 und L. 8 D. 40, 4 Labeo bei Pompon 7 ex Plaut. und 5 ad Sab.:

fides bona non solum in rationibus ordinandis, sed etiam in reliquo reddendo.

L. 50 pr. D. 23, 3 African 8 quaest.:

illud ex bona fide est et negotio contracto convenit, ut fundus . . . condicatur.

Es handelt sich um ein von der Ehefrau einseitig er-

¹⁾ Pernice, Labeo II S. 87 N. 56 a. E. — ²⁾ Bechmann, Kauf I S. 668.

fülltes pactum, der Ehemann solle redintegrato matrimonio zehn als dos erhalten und einen fundus restituieren (do ut facias)¹⁾.

Endlich lautet in L. 21 D. 19, 2, Javolen 11 epistul., der Satz:

bona fides exigit, ut quod convenit fiat

zwar allgemein, er bezieht sich aber auf eine Nebenabrede beim Kauf.

III. Die *fides bona* als Quelle der Klagbarkeit.

1. Sofern man der *fides* einen Einfluss auf die Entstehung von Verträgen zuschreibt, kann man nach dem Vorherstehenden einen gleichen der *fides bona* nicht absprechen. Denn die *fides bona* ist ursprünglich die *fides* im guten Sinne im Gegensatze zur *fides mala* als eine objective Norm, und wir haben obenein den selbständigen Beweis geführt, dass die Erfüllung von Verträgen in den Rahmen der alten *fides bona* wie noch der classischen *bona fides* gehört.

Sonach erscheint die *fides bona* als die formale Grundlage der *bonae fidei iudicia*, als die Quelle der Klagbarkeit gewisser Contracte, als rechtsbegründender Factor.

Es lassen sich aber hierfür insbesondere noch einzelne Erscheinungen und Erwägungen verwerthen.

2. Die uns überlieferte Klagformel lautet nach allen Zeugnissen (oben S. 172): *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.

Durchaus bezeichnend ist hier die Stellung der Clausel *ex fide bona*: sie steht neben und hinter dem *oportet*, wird gerade an dieses Wort angehängt, und der Schluss drängt sich fast auf, dass zwischen beiden ein innerer Zusammenhang besteht. Nicht bloss das *quidquid dare facere*, das Was und Wie der Leistung findet seine Norm in der *fides bona*, sondern in erster Linie das *oportet*, die Rechtspflicht, das Leistenmüssen.

Wiederum beweisen die classischen Juristen die Richtigkeit dieser Auffassung dadurch, dass sie die Clausel aus ihrer hergebrachten Stellung heraushoben und zur Leistung als für

¹⁾ Dazu auch Pernice, *Labeo* II S. 92 N. 80.

deren Inhalt massgebend stellten. Für sie war die Beziehung der bona fides auf die Erfüllungspflicht zwar nicht weggefallen, aber doch ganz in den Hintergrund getreten, und so war es auch nur natürlich, dass sie der Clausel den ihrer vorwiegenden Bedeutung entsprechenden Platz innerhalb der Formel anwiesen.

Darum aber müsste man sich umgekehrt über die Unnatur der ursprünglichen Formelfassung wundern, wenn nicht eben dem äusseren Zusammenhange der Clausel mit dem oportet auch ein innerer entsprochen hätte.

Die Hauptbelege für den veränderten Satzbau der Formel sind die schon oben S. 173 in ähnlicher Weise verwertheten Stellen:

Paulus 5 respons. L. 54 pr. D. 19, 2:

in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, und Gaius 3 aureor. L. 5 pr. D. 44, 7 bis (mit Gaius III, 155):

quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet, wozu wegen der gleichen Stellung der Clausel ex bono et aequo zu vergleichen ist:

Gaius 3 instit. (III, 137) L. 2 § 3 D. 44, 7 = § 3 I. 3, 22 und dazu § 30 I. 4, 6:

quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.

Ferner gehören hierher:

Gaius 3 ad edict. prov. L. 46 § 4 D. 3, 3:

ex bona fide rationem reddere debet (vom procurator im iudicium mandati), und

Callistratus L. 33 pr. D. 26, 7:

diligentiam, quam pater familias rebus suis ex bona fide praestare debet (vom tutor).

Andererseits sagt freilich noch Sabinus bei Ulp. 41 ad Sab. L. 11 D. 16, 3 insoweit ganz formelgerecht:

servo rectissime reddit ex bona fide (vom Depositär).

3. Unmittelbare Zeugnisse dafür, dass in der bona fides der Entstehungsgrund civiler Contracte, bez. Klagen liegt, giebt es nur wenige und nicht gerade sichere.

a) Die aus dem precarium entspringende praescriptis verbis „actio“, quae ex bona fide oritur, in L. 2 § 2 D. 43, 26 Ulp. ist zweifellos ebenso, wie in L. 19 § 2 D. ibid. Julian, eine byzantinische, bez. justinianische Schöpfung: das ergiebt

sich aus äusseren ¹⁾ wie aus inneren ²⁾ Gründen. Zudem will Tribonian mit diesem Zusatze nichts anderes besagen, als dass seine *actio pr. v.* zu den *bonae fidei iudicia* gehöre (§ 28 I. 4, 6), was sich auf den *bonaefidei*-Charakter des classischen *iudicium de aestimato*, der einzigen im *Album* proponirten Klage, aus der *pr. v.* agirt wurde ³⁾, gründet. Dass aber auch diese nicht *ex bona fide* oritur, ist klar.

b) In L. 57 § 3 D. 18, 1 Paulus heisst es: *iudicium* (*sc. empti venditi*), *quod ex bona fide descendit*. Aber auch hier verräth die ganze L. 57 ⁴⁾ und insbesondere unser § 3 ⁵⁾ die Hand Tribonians deutlich und ist der Sinn des Relativsatzes der nämliche wie vorher.

c) Justinian sagt in L. un. § 2 C. 5, 13 mit Bezug auf die *actio rei uxoriae: ex bona fide descendere*, und er denkt dabei wieder an ihre Eigenschaft als *bonae fidei iudicium* ⁶⁾; hatte doch die Klagformel nicht die Worte *ex fide bona*, sondern *aequius melius*!

d) Dagegen in L. 11 pr. C. 4, 34 nennt Justinian das *Depositum* einen *contractus, qui ex bona fide oritur*, in dem hier behaupteten Sinne; gegensätzlich steht: *ad perfidiam retrahatur*.

e) Endlich Paulus II, 17, 13 (14): *in eo contractu, qui ex bona fide descendit*; das geht auf die *emptio venditio*. Die Stelle lässt sich doch nur so verstehen, dass sich der Kaufcontract als civiler d. h. klagbarer auf die *bona fides* gründet; schwerlich hatte sie nach dem ursprünglichen Zusammenhange einen anderen Sinn: sie wird mit der L. 2 § 1 D. 18, 1 Ulp. zusammentreffen.

Die Ausbeute ist also eine geringe: je ein Zeugniß von Paulus und von Justinian.

Möglich, dass in letzterem die justinianischen Juristen eigene Weisheit lehren; vielleicht aber auch liegt in ihm, wie in den wiederkehrenden Wendungen: *ex bona fide descendere*,

¹⁾ Gradenwitz, *Interpolationen* S. 109. 128 ff. — ²⁾ Namentlich wegen L. 14 § 11 D. 47, 2 Ulp.; s. Gradenwitz a. a. O. S. 129. Dernburg, *Pand.* II § 91 N. 11. — ³⁾ Lenel, *edict. perp.* S. 237 ff. — ⁴⁾ Eisele in *Zeitschrift der Sav.-Stiftung Rom. Abth.* Bd 7 S. 30. Gradenwitz a. a. O. S. 46 ff. — ⁵⁾ Gradenwitz S. 109. — ⁶⁾ Gradenwitz S. 108.

oriri, eine Erinnerung an hierhergehörige Aeusserungen classischer Juristen.

Die Stelle des Paulus jedenfalls muss als ein wenn auch schwacher Beweis gelten.

Zur Unterstützung mag auf die allerdings praetorische *actio funeraria* hingewiesen werden, welche nach Ulp. L. 14 § 6 D. 11, 7 *ex bono et aequo* oritur. Daraus geht hervor, dass der Prätor die Klage aus dem *bonum et aequum*, welches sich wahrscheinlich irgendwie in der Formel fand¹⁾, ableitete. So mag es auch bei der *actio rei uxoriae* gewesen sein²⁾, und wir können uns hieraus ein Bild von dem wechselnden Verfahren machen, wie die Prätores verschiedener Zeiten neue Klagen einführten³⁾.

4. Die *bonae fidei iudicia* sind civile Klagen, aber durch Gesetz oder Gesetze sind sie nicht eingeführt worden: *sine lege iudicia* (Cic. de off. III, 15, 61).

Die römischen Juristen selbst verlegen ihren Ursprung in das *ius gentium*, und es ist für uns kein Grund vorhanden, an dieser von ihnen öfters bezeugten und für sie feststehenden Thatsache zu zweifeln.

Die *fides bona* ist eine Norm nicht des *ius civile*, sondern des *ius gentium*: beides sind entsprechende Begriffe⁴⁾. *Ex fide bona* und *ex iure gentium* sind daher von gleicher Bedeutung, und Paulus sagt einmal (L. 84 § 1 D. 50, 17):

is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.

Es waren also ursprünglich *Contracte* des *ius gentium*, um die es sich hier handelt, und der bürgerliche Rechtsver-

¹⁾ Lenel, edict. perp. S. 182 f. — ²⁾ Welche Bewandniss es mit der *condictio indebiti* „*ex bono et aequo* *introducitur*“ Papinians hat, darüber vgl. Bekker, Aktionen I S. 105 f. — ³⁾ Auch die späteren *Fidesgeschäfte* gingen ihre eigenen Wege: die *Fideicommissa* wurden durch das Kaiserrecht im Wege der *extraordinaria cognitio* klagbar gemacht; für die *pacta* begnügte sich der Prätor mit Gewährung von *Exceptionen*. — ⁴⁾ So erklärt es sich z. B. auch, dass in die Sprache der Gesetze der Ausdruck *bona fide*, richtiger *fide bona*, gar nicht eingedrungen ist: Pernice, Labeo II S. 75 N. 3. *Dolus malus* dagegen, wie *fraus*, waren *altecivile Termini*. — Aus gleichem Grunde lässt sich das höhere Alter der *in factum concepta formula depositi* und *commodati* gegenüber der *in ius concepta* vermuthen.

kehr drängte dahin, dass ihnen der Prätor die civile Klagbarkeit verlieh. Der Stadtprätor that es, indem er eine Klagformel¹⁾ aufstellte, welche auf *quidquid dare (facere) oportet ex fide bona* intendirte, und welche er vermuthlich aus dem Edict des Peregrinenprätors einfach übernahm. Auch die Formel nach diesem Edicte wird auf *oportet ex fide bona* abgestellt gewesen sein: die *fides bona* war eben das Princip, welches das Vertragsrecht des *ius gentium* beherrschte. Nun erklärt es sich, warum die *fides bona* die Grundlage auch der neuen civilen *iudicia* war, als welche wir sie bereits nach den bisherigen Ausführungen kennen gelernt haben. Es bleibt aber noch der Nachweis übrig, aus welchem Grunde der Stadtprätor für die neuen *iudicia* nicht die gewöhnliche, den Klagen aus den civilrechtlichen Obligationen eigene Formel mit dem blossen *oportet* aufgestellt haben wird.

5. Dem *oportet ex fide bona* als der obligatorischen Verpflichtung *ex iure gentium* müsste ein *oportet ex iure Quiritium* (= *ex iure civili*) entsprechen. Nun wird zwar das civile Eigenthum mittels dieses Zusatzes charakterisirt: *eius esse ex iure Quiritium*; aber neben dem *oportet* kommt ein gleicher nicht vor. *Oportet* an sich bedeutet mithin auf dem Gebiete des Civilrechts technisch die obligatorische Verpflichtung *ex iure civili*; nach civilistischer Terminologie steckt in dem *oportet* selbst ein *ex iure Quiritium*: das ist eben nichts Neues.

Hätte hiernach der Prätor, *qui inter cives ius dicit*, welcher also der Magistrat für die *iurisdictio* auf dem Gebiete des *ius civile* ist, aus den Verträgen des *ius gentium*, denen er die civile Klagbarkeit verschaffen wollte, eine Formel mit dem blossen *oportet* aufgestellt, so hätte er zu eigenmächtig das *ius civile* erweitert: das entsprach nicht der vorsichtigen Art, wie in solchen Dingen die Prätores zu Werke zu gehen pflegten. Auch wäre er bei solcher Formel Gefahr gelaufen, dass der *iudex* der damaligen Zeit ohne Prüfung

¹⁾ Für das *iudicium neg. gest.* ist uns auch ein die Klage verheissendes Edict überliefert; über die sich daran anknüpfende Frage s. Lenel, *edict. perp.* S. 85. Das gleiche Edict für das *iudicium depositi* und *commodati* hängt wohl sicher mit der *formula in factum concepta* zusammen.

des materiellen Streitverhältnisses freisprach; denn ein *oportet* lag eben nicht vor: *ex iure civili* wurde trotz eines prätorischen Edictes, bez. trotz einer vom Prätor aufgestellten *formula* nichts geschuldet.

So wurde denn eine Formel, welche auf *oportet ex fide bona* intendirte, geradezu gefordert. Sie gab dem *iudex* die nicht missverständliche Anweisung: nach *ius civile* ist die Sache nicht zu entscheiden, sondern nach *fides bona*, d. h. nach den Grundsätzen des *ius gentium*; sieh zu, ob Beklagter nach diesen schuldet, und dann verurtheile! Der *iudex* wusste, wie er diese Formel zu verstehen hatte, und die Praxis im *civilen iudicium*, gestützt auf die im *iudicium recuperatorium*, wird jedenfalls bald jede etwaige Schwierigkeit überwunden haben.

6. Die Formel lautete nach allen Zeugnissen: *quidquid dare (facere) oportet*; sonach dürfte das *quidquid* ursprünglich sein. Möglich, dass die *condictio incerti*, für deren Einführung Gaius im Gegensatze zur *condictio certi* und *tritricaria* kein Gesetz anzuführen vermag, gerade von den *bonae fidei iudicia* oder ähnlichen ausging.

Existenz der Leistungspflicht wie Inhalt der Leistung bestimmen sich darnach *ex fide bona*, d. h. nach den Grundsätzen des *ius gentium*. Darin liegt nicht nothwendig, dass der Richter von vornherein den Inhalt der Leistung nach freier Würdigung, *ex bona fide* im Sinne des classischen Rechts, bemessen sollte¹⁾. Auch für das *ius gentium* mag, wie für das *ius civile*, die Regel gegolten haben, dass für das Was der Leistung der wörtlich ausgesprochene Wille der Parteien allein massgebend sei. Andererseits war auch die *condictio incerti i. e. S. stricti iuris*.

So komme ich zu dem Ergebniss, dass die *bonae fidei iudicia*, trotz der Formelworte *ex fide bona*, ursprünglich *stricti iuris* waren²⁾. Den späteren *bonae fidei*-Charakter begann erst die Jurisprudenz aus der Clausel zu entwickeln;

¹⁾ Vgl. Pernice, *Labeo* I S. 416: „Es ist wol denkbar, dass eine Klage *stricti iuris* ist und doch der *Fides* ihren Ursprung verdankt.“ —

²⁾ In der Sache übereinstimmend Bekker, Bechmann, Bernhöft u. A.: s. Burckhardt a. a. O. S. 13 N. 31.

den Anfang dieser Entwicklung soll der folgende Abschnitt IV zu schildern versuchen.

7. Ist so die Klagbarkeit unserer Contracte mit dem *ius gentium* in Zusammenhang zu bringen, so reichen dieselben nicht über das sechste Jahrhundert der Republik zurück. Damit ist freilich für ihr Alter als civilrechtlich klagloser Verträge keine Grenze gezogen. Zweifellos mussten so gewöhnliche Lebensgeschäfte, wie z. B. Kauf und Miethe, schon frühzeitig in Rom formlos abgeschlossen worden sein; wir wissen, dass in gewissen Fällen das Zwölftafelrecht das Rechtsmittel der *pignoris capio* gewährte, und auch dieses mag auf längst eingebürgertem Gewohnheitsrecht beruhen.

Aber um deswillen allein ihnen schon zur Zeit des *Legisactionsprocesses* Klagbarkeit beizulegen, scheint mir nicht gerechtfertigt zu sein¹⁾. Die Erfüllung hing hier lediglich von der Vertragstreue der Partei ab (*fides* im subjectiven Sinne). Der ehrsame Bauer des alten Rom wird das in ihn gesetzte Vertrauen nicht leicht getäuscht haben. Zu anderen Zeiten war mehr Vorsicht geboten; schliesslich war noch der Eid ein wirksames, wenn auch nur mittelbares Zwangsmittel. Als auch er im Werthe fiel, half nur noch das eine Mittel: die *civile Klage*.

Mit dem Eintritte des rechtlichen Zwanges hörte nun die *fides* des Einzelnen auf, der entscheidende Factor zu sein; an ihre Stelle trat die *fides bona* als die objective Norm, auf welche sich die Klage selbst gründete²⁾.

8. Die *bona fides* ist die allen b. f. *iudicia* gemeinsame formale Grundlage: nur insofern bilden diese eine eigene Gruppe. Im übrigen sind die materiellen Rechtsgeschäfte selbst durchaus ungleichartig; es genügt, daran zu erinnern, dass sie theils Real-, theils *Consensualcontracte* sind, und dass die Verurtheilung aus den einen infamirend wirkt, aus den anderen nicht.

¹⁾ So denkt Bechmann, Kauf I S. 469 an die *legis actio sacramento* (s. noch S. 472); Baron, *Conditionen* S. 196 zweifelnd an die *legis actio per conditionem*. Früher (Bethmann-Hollweg, Keller, Huschke) überwies man unsere *iudicia* der *legis actio per iud. post.* —

²⁾ Bechmann, Kauf I S. 477 betont nur das erstere.

IV. Die Entwicklung des späteren bonae fidei-Charakters.

1. Haben die arbitria, in quibus additur ex fide bona, von Hause aus mit der classischen bona fides in ihrem vorzüglichsten Sinne nichts gemein, so erhebt sich die Frage: wo liegt der Anfang der Entwicklung zum späteren bonae fidei iudicium?

Vom Standpunkt der herrschenden Meinung, welche der Clausel ex fide bona, mag man sie nun für einen ursprünglichen Formeltheil halten oder nicht, von Anfang an die eine oder die andere Function der bona fides beimisst, wird eine befriedigende Antwort nicht leicht zu geben sein; denn wie kam man dazu, die Clausel in die Formel und gerade in die Formel dieser bestimmten iudicia einzufügen?

Von dem hier gelegten Grunde ergiebt sich die Erklärung von selbst: man interpretirte die Clausel in einem anderen Sinne, als in welchem sie der Formel angehängt worden war.

Lässt sich nun eine Spur dieser neuen Interpretation entdecken?

2. Nach L. 38 § 1 D. 19, 1 Celsus haben Sextus Aelius und Drusus die actio venditi schon gekannt; der Thatbestand selbst scheint mir dies vorauszusetzen. Fraglicher ist, ob unter dem arbitrium, mittels dessen indemnitas servari potest, das iudicium venditi selbst zu verstehen ist¹⁾. Aber auch bei dieser Annahme giebt die Stelle, wie Bechmann bemerkt²⁾, keinen Anhalt für die bonae fidei-Natur der Klage.

Der erste Jurist, der diese Natur sicher bezeugt, ist Q. Mucius Scaevola P. M. bei Cic. de off. III, 17, 70:

Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur: ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis societatibus, fiduciis mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur; in his magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

¹⁾ Dafür Karlowa, Röm. Civilpr. S. 132 f. — ²⁾ Kauf I S. 637 f.

Mir scheint die Auslegung dieser Stelle von Bekker¹⁾ durchaus das Richtige zu treffen.

3. Wir kennen die Neigung des Mucius zum Generalisiren. Schon Kuntze²⁾ hat bemerkt:

„Vielleicht war es Scaevola, der die Clausel *ex fide bona* als die allgemeinere und die besondere *melius aequius* und *inter bonos agier oportet* als mit darunter begriffen erachtete (Cic. de off. 3, 15), was völlig mit der systematischen Richtung des Scaevola (L. 2 § 41 D. 1, 2) stimmt.“

So lässt es sich denken, dass Scaevola zuerst den neueren Begriff der *fides bona* aufstellte und darnach unter dem gemeinsamen Gesichtspunkte derselben die einzelnen *arbitria*, verschieden nach der Anlage ihrer Formeln, zu einem *genus* zusammenfasste.

Beides scheint mir die obige Stelle deutlich zu ergeben. Gehen wir die einzelnen Sätze durch!

4. Entgegen der bisherigen und ursprünglichen Bedeutung der Clausel *ex fide bona* in den bestimmten *arbitria* legte er derselben *summam vim*, also eine weitreichende Bedeutung, bei. Auf diese ausdehnende Auslegung wird er durch ihren Wortlaut selbst nicht gekommen sein; es ist nicht unwahrscheinlich, dass ihn die Formel der *actio fiduciae: uti inter bonos bene agier oportet*, „die genau das sagt, was m. E. das Wesen der *bona fides* ausmacht“³⁾, darauf geführt hat.

Sei nun auch die Clausel auf bestimmte *arbitria* beschränkt, so dehne sich doch der so festgestellte Begriff der *fides bona* viel weiter aus: *fideique bonae nomen existimabat manare latissime*, nämlich über jene *arbitria* hinaus auf andere *iudicia*, welche er in der folgenden Aufzählung mit anführt, ohne sie besonders erkennbar zu machen. Zu diesen letzteren gehört sicher die schon genannte *actio fiduciae*; ob noch andere für jene Zeit hierher zu stellen sind, wissen wir nicht. Doch ist es nicht unmöglich, dass die drei von ihm an erster Stelle erwähnten, auf die es ihm hier hauptsächlich ankam: *tutela*, *pro socio*, *fiduciae* jene Classe bilden⁴⁾.

¹⁾ Aktionen I S. 163 N. 12; dagegen Karlowa a. a. O. 129 N. 1. —

²⁾ Krit. Vierteljahresschrift Bd. 9 S. 517. — ³⁾ Pernice, *Labo* II S. 94 a. E. — ⁴⁾ Bei Gaius IV, 62 stehen umgekehrt diese drei, zusammen

Denn alle diese iudicia, fährt er fort, trafen darin zusammen, dass es die Aufgabe eines sein Amt, sein officium richtig erfassenden iudex sei festzusetzen, was der eine dem anderen zu leisten habe, d. h. den Inhalt der Leistung zu bestimmen.

5. An dieser Auslegung zu zweifeln haben wir keinen Grund mehr, seitdem wir wissen, dass der hier von Mucius gelehrte Begriff der fides bona jedenfalls nicht der ursprüngliche war. Im Lichte dieser Thatsache gewinnt der Bericht Ciceros seine besondere Färbung.

Im einzelnen ist noch hervorzuheben:

a) Cicero entnahm die Stelle nicht aus dem Hauptwerke des Mucius, wie Karlowa (oben S. 195 N. 3) meint, sondern er berichtete aus seinem Gedächtnisse, was er von seinem Lehrer in der Rechtswissenschaft des öfteren gehört und von ihm gelernt hatte, und was nach dessen Vorgange geltendes Recht geworden war. „Dicebat“ heisst: er pflegte zu sagen. Es war also Scaevolas eigene Lehre, die er vortrug, und seinen Schülern war diese oft eingeprägte neue Lehre in Fleisch und Blut übergegangen, so dass Cicero wohl dessen eigene Worte wiedergeben konnte. Freilich mag es ihm dabei begegnet sein, dass er das iudicium rei uxoriae ausliess¹⁾; zwar ist sein Alter ungewiss, doch dürfte es Scaevola schon gekannt haben²⁾. Cicero wenigstens erwähnt es³⁾, und es ist kein Zufall, dass er gerade die iudicia ex bona fide, fiduciae und rei uxoriae zusammenstellt: er thut es ganz im Sinne Scaevolas.

b) Ebenso bezeichnet das „existimabat“ eine oft geäusserte, energisch vertretene (wegen des Imperfectum) subjective Mei-

mit dem iudicium rei uxoriae, an letzter Stelle. Ueber Hypothesen wird man nicht hinauskommen. Man kann an die infamirenden iudicia hierbei denken. Vielleicht auch ergab sich der bonaefidei-Charakter z. B. für das iudicium tutelae nur aus der Coexistenz der poenalen actio rationibus distrahendis, mittels welcher iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut [in] tutela XII tabulis (Cic. de off. III, 15, 61).

¹⁾ Dass in der Reihe der iudicia auch das commodatum, pignus und depositum fehlen, mag andere Gründe haben; s. Bekker, Aktionen I S. 166; Pernice, Labeo I S. 424 ff. — ²⁾ Vgl. Dernburg, Compensation² S. 101; Bekker a. a. O. S. 145 N. 32. — ³⁾ top. 17, 66; de off. III, 15, 61; pro Rosc. Com. 4, 11.

nung (*existimare*). Vor ihm kann es also noch nicht festgestanden haben: *fidei bonae nomen manare latissime*.

c) Auch der *magnus iudex* bliebe unerklärt, wenn bisher schon der Richter nach dem aufgestellten Princip zu urtheilen gewöhnt gewesen wäre. Dazu gehört keine „*magnitudo*“, zu thun, was alle thun und gethan haben.

d) Endlich lässt sich bei Cicero der Einfluss seines Lehrers auch darin erkennen, dass er, wie oben gezeigt, von der *fides bona* so selten und ohne die unmittelbarste Veranlassung nie, von dem Verhalten eines *vir bonus* so häufig spricht: seit Mucius waren dies synonyme Begriffe.

6. Nach Bechmann¹⁾ tritt uns der erste formulirte Satz der (neueren) *bona fides* bei Cicero *de off.* III, 16, 65 entgegen:

quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt (sc. iuris consulti), si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.

Zur Anwendung brachte ihn Cato, der Vater des *Uticensis*, in dem von Cicero *ibid.* III, 16, 67 berichteten Process. Derselbe fällt ungefähr in die Mitte des siebenten Jahrhunderts, und Ciceros Erzählung beweist, dass sich der neuere Begriff der *fides bona* erst in den Anfängen der Entwicklung befand²⁾.

So werden wir auch hiernach auf das Zeitalter des *Scaevola* geführt, und nach allem liegt es nahe, dass dieser selbst der geistige Vater der neueren *bona fides* ist.

Dass er seine Theorie auch in anderer Weise praktisch zu verwerthen wusste, zeigt die von ihm in seinem asiatischen Edict aufgestellte *exceptio doli* (oben S. 172)³⁾.

¹⁾ Kauf I S. 653 f.; dazu Pernice, *Labeo* II S. 84 N. 40. 41. —

²⁾ Bekker, *Aktionen* I S. 164: „dass das Auffallende und Neue nicht sowol in dieser Formulirung (*sc. ex fide bona*), als in der daraus erfolgten Kondemnirung wegen *Dolus* gelegen hatte“. — ³⁾ Einen ähnlichen Vorgang aus classischer Zeit vgl. in L. 11 § 1 D. 4, 3 Ulp.

XI.

Zu Gaius.

Von

Herrn Professor **Eisele**

in Freiburg.

I.

Zu Gaius 1, 7.

In dieser Stelle sagt Gaius:

responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est, iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt legis vicem optinet; si vero dissentiant, iudici licet quam velit sententiam sequi, idque rescripto divi Hadriani significatur.

Mit Recht bemerkt Krüger in seiner Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts S. 113, dass dieser Bericht in hohem Grade befremdend sei. Vor allem gilt dies von der Begriffsbestimmung der responsa: sie ist viel weiter, als was sonst unter responsa technisch verstanden wird, und passt eigentlich auf alle in irgend welchen Schriften autorisirter Juristen niedergelegte Meinungsäusserungen über juristische Dinge. Noch auffälliger findet Krüger die Angabe über den Inhalt des Rescripts Hadrians, wonach, wenn Uebereinstimmung aller iuris auctores vorliege, deren Ansicht gesetzliche Kraft habe: „dass alle gleichzeitigen privilegirten Juristen in einem Processe um ihr Gutachten angegangen wären, ist eine so fern liegende Möglichkeit, dass mit ihr gar nicht gerechnet werden konnte.“ Krüger sieht sich hierdurch zu der Annahme gedrängt, dass Gaius die communis opinio über einen Rechtssatz, welche legis vicem hatte (?), und die bindende Kraft der responsa der privilegirten Juristen vermengt habe. Indessen erscheint die Annahme, dass Gaius zwei so verschiedene Dinge verwechselt habe, nicht als wahr-

scheinlich. Sodann ist klar, dass die Auffälligkeit der in Rede stehenden Angabe zur Voraussetzung hat, dass die *sententiae*, von denen in denselben die Rede ist, eben *responsa* im technischen Sinne seien: wofür man sich denn allerdings auf die vorhergehende Definition berufen kann.

Auffallend ist die Angabe über den Inhalt des Hadrianischen Rescripts immerhin; aber nicht nur der Inhalt des Rescripts, sondern unseres Erachtens schon das ist auffallend, dass Hadrian über die *responsa prudentium* ein Rescript zu erlassen sich veranlasst sah. Das Institut der *responsa* bestand doch schon vor Hadrian lange genug; wie kommt es, dass erst Hadrian eine den Gebrauch derselben normirende Bestimmung gab? Das würde sich begreifen, wenn bezüglich der *responsa* oder ihrer Benutzung thatsächliche Aenderungen eingetreten wären, welche Zweifel erregten und kaiserliches Eingreifen wünschenswerth oder nothwendig machten; aber welcher Art waren diese Aenderungen?

Bekanntlich ist darüber Streit, ob es zulässig gewesen, sich auf ein für einen concreten Process ertheiltes *responsum* auch in einem anderen ähnlich liegenden Fall mit der Wirkung zu berufen, dass der *iudex* an dasselbe ebenso gebunden war, wie an ein für den concreten Process ertheiltes *responsum*. Dafür spricht sich z. B. Scheurl (Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts Bd. I S. 121 ff.), dagegen Karlowa (Römische Rechtsgeschichte I S. 660 f.) aus. Es wird wohl mit der Möglichkeit gerechnet werden müssen, dass hier eine Entwicklung stattgefunden hat. Diese würde in der Richtung liegen, dass zuerst das *responsum* nur für den Fall, für den es gegeben worden, in Betracht kam, später aber auch für ähnliche Fälle verwendet werden durfte. Ich möchte annehmen, dass dieser zweite Schritt sehr bald gethan wurde; man denke nur an die Arbeitsverschwendung, welche darin lag, wenn z. B. dieselbe Partei, die einen privilegierten Juristen um ein *responsum* angegangen und ein solches erhalten hatte, nach einiger Zeit in einer anderen Sache ein ganz gleiches *responsum* extrahiren musste! Dafür spricht auch, dass von den *responsa* gesagt wird, dass sie *legis vicem* haben; denn in *lex* liegt nach römischer Auffassung begriffsmässig das Generelle, über den einzelnen Fall Hinausgehende; man denke

nur an die Definition der *lex* von Capito bei Gellius (noct. att. 10, 20). Dafür scheint mir auch zu sprechen, dass Sammlungen von *responsa* veranstaltet wurden.

Ein weiterer und zwar nicht sehr grosser Schritt wäre gewesen, wenn man zugelassen hätte, auch auf ein *responsum* eines nicht mehr lebenden Juristen sich zu berufen. Dass dieser Schritt gemacht wurde, kann nicht zweifelhaft sein, denn es steht fest, dass man noch viel weiter gegangen ist. Aus der Constitution Constantins vom Jahre 321, welche in dem Titel *de responsis prudentum* des Codex Theodosianus an erster Stelle steht, ist zu ersehen, dass damals die Schriften der mit dem *ius respondendi* ausgestattet gewesenen Juristen überhaupt vor den Gerichten als bindende Autoritäten benutzt worden sind, nicht bloss ihre *Responsen-Sammlungen*. Will man nicht mit Puchta (Instit. I § 117) annehmen, dies sei von jeher so gewesen — eine Annahme, die alle Wahrscheinlichkeit gegen sich hat, bei der es namentlich unerklärlich ist, warum als Rechtsquelle des *ius scriptum* gerade die *responsa prudentium* aufgeführt werden —, so muss man die Frage stellen: wann ist diese Aenderung eingetreten?

So viel zu sehen, steht nichts der Annahme im Wege, dass dies schon geraume Zeit vor Constantin geschah. Nimmt man an, dass die Neuerung unter Hadrian begann, so lässt sich alles, was an der Auseinandersetzung des Gaius über die *responsa prudentium* Befremdliches ist, sehr gut verstehen, und dieser Umstand würde dann, beim Fehlen irgend welcher anderer Anhaltspunkte, für jene Hypothese einstweilen eine ausreichende Stütze abgeben.

Vor allem wird dadurch erklärt, wie Hadrian überhaupt dazu kommen konnte, in dieser Materie ein Rescript zu erlassen. Sobald die Geschworenen anfangen, die Berufung auf beliebige juristische Schriften autorisirter Juristen in dem Sinne zuzulassen, dass die Aeusserungen in diesen Schriften die Autorität von *responsa* haben sollten, mussten sich Zweifel und das Bedürfniss einer höheren Entscheidung namentlich in folgender Richtung ergeben.

Solange für den concreten Process ein *responsum* im eigentlichen Sinn erwirkt werden musste, wird es sich so

ziemlich von selbst gemacht haben, dass jede Partei nur ein responsum einholte; und wenn hier responsum gegen responsum stand, war wohl kein Geschworener je im Zweifel, dass er nicht gebunden sei. Oft genug wird auch die eine Partei kein dem der anderen entgegenstehendes responsum bekommen haben. Sobald man aber aus Responsensammlungen und vollends sobald man die Schriften autorisirter Juristen überhaupt citiren konnte, machte es je nach Umständen gar keine Schwierigkeit, für eine Ansicht die Aussprüche mehrerer Juristen anzuführen, und den Gegner, der für sich eine oder mehrere gegentheilige Autoritäten geltend machte, durch die Zahl zu überbieten. Sofort musste hier der Zweifel entstehen: entscheidet die Majorität — wie dies ja später, entsprechend dem Verfall der juristischen Bildung in den Richterkreisen, statuiert worden ist — oder soll die widersprechende Ansicht eines einzigen autorisirten Juristen genügen, um die Citate des Gegners zu beseitigen?

Auf diesen Punkt hat sich, wie wir meinen, Hadrians Rescript bezogen. Gaius berichtet uns nur den Inhalt desselben, nicht den Wortlaut; was er aber über den Inhalt berichtet, hat Hand und Fuss, wenn wir es auf den angegebenen Zweifelspunkt beziehen, sonst nicht. In doppelter Fassung wird das gesagt, was just das Gegentheil von dem ist, was gelten müsste, wenn die Majorität entscheidend wäre: *quorum omnium si in unum sententiae concurrunt*, nicht wenn die Mehrheit übereinstimmt; und: *si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi*, und nicht soll er gehalten sein, die Stimmen für und wider zu zählen und dann nach der Majorität zu entscheiden. Was Krüger als das auffallendste an dem Bericht des Gaius bezeichnete, hat bei der hier angenommenen Beziehung seinen ganz guten Sinn.

Dass dem Geschworenen zugemuthet worden sei, die ganze von privilegirten Juristen herrührende juristische Litteratur in jedem einzelnen Falle, wo eine Partei einen oder mehrere Juristen für sich citirte, daraufhin durchzusehen, ob sich keine entgegenstehende Ansicht finde, wird wohl niemand annehmen; eben darum wird man auch dem Gaius keinen Vorwurf daraus machen wollen, dass aus dem Wortlaut seines Berichts jene

ungeheuerliche Ansicht allerdings nicht widerlegt werden kann: sie bedarf einer Widerlegung überhaupt nicht. Dahingestellt muss aber bleiben, ob für den Geschwornen lediglich das von den Parteien gelieferte Material entscheidend war oder ob er z. B. dann, wenn von der Gegenpartei eine entgegenstehende Aeussierung nicht vorgelegt, eine solche aber dem Geschwornen bekannt war, verpflichtet war, eigene Prüfung eintreten zu lassen. Denn mit dem Satze, dass der Richter das objective Recht von Amtswegen zu erforschen hat, lässt sich eine rechtsgeschichtliche Frage natürlich nicht erledigen.

Ein drittes Bedenken, welches sich nunmehr ganz von selbst erledigt, betraf die Definition der responsa. Indem Hadrian die Benutzung aller Schriften der autorisirten Juristen regelte, sanctionirte er zugleich ihre Gleichstellung mit den eigentlichen responsa. Gaius giebt uns in seiner Definition nicht den ursprünglichen Begriff, sondern den erweiterten Begriff, wie er zu seiner Zeit in praktischer Geltung war und wie er schon in dem Rescript Hadrians Anerkennung gefunden hatte; für diesen sind die Worte „*sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere*“ vollkommen zutreffend.

II.

Zu Gaius 4, 16.

In meiner Recension der Habilitationsschrift von Lotmar „zur legis actio sacramento in rem“ in der Münchener kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 19 S. 515 habe ich die Stelle *adversarius quoque dicebat similiter et ego te scilicet L asses u. s. w.* durch Einschaltung einer Zeile wie folgt zu verbessern gesucht:

adversarius quoque dicebat similiter et e contrario respondebatur. et si de re minoris quam M aeris agebatur scilicet L asses sacramenti nominabant.

Diese Conjectur ist a. a. O. allerdings nur sehr kurz begründet und nimmt sich daher etwas tumultuarisch aus. Eine eingehendere Begründung, die ich ursprünglich in einer ausführlichen Schrift über die Passivlegitimation bei den dinglichen

Klagen des römischen Rechts zu geben beabsichtigte, lege ich im Nachstehenden vor.

1. Dass in den ersten Zeilen der Seite 194 der Veroneser Handschrift des Gaius eine Lücke vorhanden ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Die Worte lauten:

adversarius quoque dicebat similiter et ego te scilicet
L asses sacramenti nominabant.

Zu einem Satz können diese Worte unmöglich verbunden werden; andererseits fehlt für die Worte *scilicet* — *nominabant*, die für sich als Satz gedacht werden können, jeglicher Anschluss an das vorhergehende. Dazu kommt noch folgendes. Haben beide Theile bei kleinem Streitwerth die kleine Sacramentssumme genannt (*nominabant*), so nannten sie natürlich auch beide gegebenen Falles die grosse. Im vorhergehenden wird, nach dem überlieferten Texte, weder eine diesem Postulat entsprechende Spruchformel des Beklagten (d. h. des *adversarius* desjenigen *qui prior vindicaverat*) angegeben, noch wird berichtet, dass er in derselben Weise, wie von dem *prior vindicans* genau angegeben worden, den zweiten Theil des Vindicationsrituals, „*postulo anne dicas*“ und *provovare sacramento*, durchgemacht habe. Den zuletzt erwähnten Uebelstand hat zwar Huschke in seiner Ausgabe des Gaius dadurch zu beseitigen gesucht, dass er die in dem *Passus qui prior vindicabat postulo* u. s. w. augenscheinlich vorhandene Lücke in folgender Weise ausfüllte:

*qui prior vindica(verat, ita adversarium et rursus post
is alterum interroga)bat,*

wobei er von der an sich ganz unverfänglichen Unterstellung ausgeht, dass der Abschreiber eine Zeile ausgelassen habe. Dagegen ist aber schon von Lotmar (a. a. O. S. 25 S. 135 f.) in durchschlagender Weise eingewendet worden, dass der Bericht des Gaius „sonst durchweg nicht ein zusammenfassender, sondern ein chronologischer ist, welcher die zeitlich aufeinander folgenden Thätigkeiten auch nacheinander zur Darstellung bringt“, und dass Gaius, wenn er soeben über beide Parteien etwas gesagt hatte, doch schwerlich ohne weiteres fortfahren konnte „*ille respondebat*“. Um einen hinlänglich beglaubigten Text zu verwerfen, möchten diese Bedenken kaum

schwer genug wiegen; sie genügen aber vollständig (und auch abgesehen von der Holperigkeit der Worte *et rursus is post alterum*) zur Ablehnung einer blossen Conjectur. Unbedenklich ist Lotmars Ergänzung *qui prior vindicabat, dicebat*; wohl noch besser die von Krüger-Studemund: *qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat*.

2. Den Sitz der in Frage stehenden Lücke werden wir, wenigstens vorläufig, da zu suchen haben, wo in dem jetzt bestehenden Texte der Zusammenhang in der Construction abreißt, also zwischen *te* und *scilicet*.

Was hat nun in dieser Lücke gestanden?

Zunächst kann nicht zweifelhaft sein, dass Gaius die schon im § 15 aus § 14 wiederholte Bemerkung, bei Objecten unter 1000 Assen habe die Sacramentsumme 50 Asse betragen, abermals einschärft, weil er in die zuvor mitgetheilten Formeln überall die grössere Sacramentssumme eingestellt hatte. Man wird annehmen dürfen, dass eine solche Erinnerung, die eine frühere gleiche wiederholt, etwas kürzer ausfällt als die frühere. So finden wir denn auch, dass die Worte des § 15: „*illud ex superioribus intellegimus*“ in das eine Wort „*scilicet*“ kurz und bündig zusammengefasst sind; der in Bezug auf dieses *scilicet* von Krüger-Studemund ausgesprochene Verdacht der Corruption scheint mir ganz unbegründet zu sein. Zu diesem *scilicet* gehört aber etwas, was dem Sinne nach den Worten „*si de re minoris quam M aeris agebatur*“ des § 15 entspricht. Kürzen wir auch hier etwas ab, so könnte es geheissen haben: *in re minoris M aeris scilicet L asses sacramenti nominabant*.

Die Ergänzung von Krüger-Studemund: *scilicet si de re maioris quam M aeris agebatur, D, si de minoris, L asses sacramenti nominabant*, missfällt uns aus zwei Gründen. Sie ist noch ausführlicher, als der entsprechende Passus im § 15, wo von dem sacramentum maius keine Rede ist. Diese Breite wurde ohne Zweifel beliebt, um die erforderliche Anzahl von Buchstaben für eine ausgefallene Zeile zu gewinnen. Auf diese Art wird aber dem unter 1. betonten Uebelstande nicht abgeholfen, dass in dem vorliegenden Texte etwas fehlt, was durch das *nominabant* gefordert wird: eine Formel des Beklagten, welche das maius sacramentum wörtlich ent-

hält (nominat), oder aber die Notiz, dass Beklagter eine in dieser Beziehung der klägerischen entsprechende Formel gesprochen habe. Wollten wir diesem Uebelstande abhelfen und die Krüger-Studemundsche Ergänzung beibehalten, so müssten wir eine Lücke vor und eine Lücke nach dem Worte *scilicet* annehmen. Es ist aber durchaus nicht wahrscheinlich, dass zwischen zwei erheblichen Lücken das Wort *scilicet* stehen geblieben sei. Wir haben uns also auf eine Lücke einzurichten, die ihre Stelle zwischen *te* und *scilicet* hat, und es gilt, in dieser Lücke ausser dem, was wir soeben angenommen haben, noch dasjenige unterzubringen, was wir oben unter 1. vermissten.

3. Auf Grund des überlieferten *nominabant* desiderirten wir oben, es müsse in der Lücke noch gestanden haben entweder eine Provocationsformel, in welcher der Beklagte, seinerseits den prior vindicans provocirend, gleichfalls die Sacramentssumme nannte, oder aber ein wenn auch noch so kurzer Bericht, dahin gehend, dass Beklagter den prior vindicans ebenso provocirt habe, wie dieser jenen.

Versuchen wir es einmal in der ersten Richtung. Dabei wäre es das einfachste, die im Text stehenden Worte, welche sich durch die directe Redeform als Formelworte geben, so zu ergänzen, dass das Vermisste dasteht; also entweder *et ego te D aeris sacramento provoco*, oder *similiter et ego te D aeris sacramento provoco*. Ziehen wir, gemäss der letzteren Alternative, das *similiter* (mit Krüger-Studemund) zum Formular, so würde der Beklagte durch dies Wort andeuten, dass er den prior vindicans aus denselben Gründen, wie dieser ihn, jetzt seinerseits provocire, also deshalb, weil derselbe iniuria vindicavit. In dem *similiter* würde dann implicite die Behauptung „iniuria vindicavisti“ gegenüber dem prior vindicans enthalten sein. Aber eine solche Behauptung setzt doch wieder das „ius peregi“ u. s. w. und dieses wieder das „postulo anne dicas“ mit Nothwendigkeit voraus, und dass auch dieses alles durch das Formelwort *similiter* habe ersetzt werden sollen und können, ist doch schwer zu glauben. Erstlich stimmt es doch gar zu schlecht zu der sonstigen feierlichen Schwerfälligkeit, die der legis actio sacramenti eigen ist. Sodann konnte es doch wohl kaum der einen Partei ge-

stattet sein, ohne weiteres eine bestimmte Antwort des Gegners auf die *postulatio* zu unterstellen und daraufhin dann auch noch die *postulatio* selbst zu unterlassen. Endlich — und das allein schon scheint uns durchschlagend zu sein — hat der *adversarius* nur gesagt „*similiter et ego te D aeris sacramento provoco*“, so konnte Gaius unmöglich sagen: „*adversarius quoque dicebat*“; denn so, wie er den *adversarius* reden lässt, hat der *prior vindicans* eben nicht geredet.

Zieht man aber, mit Lotmar, das *similiter* zum Bericht, so entspricht auch das nicht der wirklichen Sachlage; denn habe der *adversarius* nun bloss „*et ego te*“ oder dazu noch „*D aeris sacramento provoco*“ gesagt: in beiden Fällen ist sein *dicere* von dem des anderen wesentlich verschieden; es ist unmotivirt, während das des Klägers motivirt war.

Wollte man aber, um allen diesen Schwierigkeiten zu entgehen, annehmen, Gaius habe auch seitens des *adversarius* Postulation und Provocation nebst dazwischen liegender Antwort des *prior vindicans* formelmässig mitgetheilt, so ist für das *similiter* kein Platz — dass in der Formel die Correspondenz noch constatirt worden, die doch in der Formel selbst schon augenscheinlich lag, ist nicht glaublich — und überdies wäre die Lücke viel grösser, als mit Wahrscheinlichkeit angenommen werden könnte.

4. Alle diese Schwierigkeiten weisen uns auf die zweite Alternative: Gaius hat nur zusammenfassend berichtet, was der *adversarius* that, und dessen Formeln nicht in extenso mitgetheilt. Dafür spricht positiv und unseres Erachtens in schwerwiegender Weise, dass Gaius bezüglich des ersten Abschnittes des Vindicationsverfahrens, wo eine wörtliche Wiederholung der Formel sogar weniger umständlich gewesen wäre als hier, ebenso verfahren ist. Dort sagt er:

adversarius eadem similiter dicebat et faciebat.

Da in unserem Passus sogar das *similiter* wiederkehrt, werden wir mit grosser Wahrscheinlichkeit annehmen dürfen, dass die Worte „*adversarius quoque dicebat similiter et*“ in der That einem kurz zusammenfassenden Bericht angehören. Auf das *et* kann hier nicht folgen *faciebat*, denn in diesem Theil des Verfahrens wird nur gesprochen. Dagegen musste erwähnt werden, dass der Gegner des *adversarius* in ähnlicher

Weise antwortete, wie in der vorausgegangenen Darstellung dies von dem *adversarius* selbst angegeben worden war. Kann ein dieses ausdrückender Zusatz nach *et* und vor *scilicet* so eingeschaltet werden, dass im ganzen nur der Ausfall einer Zeile angenommen zu werden braucht, so haben wir eine abgerundete Darstellung des Gaius und ein Ergebniss, bei welchem alle die vorhin erwähnten Schwierigkeiten vermieden sind.

Aber dem stellen sich die fünf Buchstaben *egote* ganz entschieden entgegen. Sollte daran eine vernünftige Ausfüllung der zweifellos vorhandenen Lücke scheitern müssen? Verecundia gegenüber dem überlieferten Text ist eine schöne Sache; aber auch in einem solchen Fall? und gegenüber einem Abschreiber wie derjenige, der die Veroneser Handschrift gefertigt und gerade an dieser Stelle zweifellos aus Nachlässigkeit mehr oder weniger ausgelassen, höchstwahrscheinlich aber eine Zeile seiner Vorlage übersprungen hat? Wir meinen, das hiesse die Vorsicht bis zur Unkritik übertreiben, und finden nach der bisher dargelegten Sachlage die Annahme, in dem *egote* stecke eine Verderbniss des Textes, völlig unbedenklich. Dazu kommt, dass sich in völlig ungezwungener Weise erklären lässt, wie gerade hier der Abschreiber irre gehen konnte. Ist nämlich, was wir als das Wahrscheinlichste anzunehmen haben, zwischen *egote* und *scilicet* eine Zeile aus Versehen weggelassen worden, so stunden die den Buchstaben *egote* entsprechenden Buchstaben in der Vorlage des Schreibers am Ende der Zeile, welche der übersprungenen voranging; bekanntlich werden aber in den Handschriften (und so auch im Cod. Veron. des Gaius) die Buchstaben am Ende einer Zeile häufig erheblich kleiner und darum undeutlicher, so dass die Möglichkeit, sie falsch zu lesen, eine grössere ist. Es käme also darauf an, an Stelle der Buchstaben *egote* oder eines Theiles derselben ähnliche Buchstaben zu setzen.

5. Das *provocare sacramento* seitens des prior vindicans hat Gaius als *dicere* bezeichnet; auch das vorausgehende *postulare* konnte er füglich so bezeichnen; nach Lotmars Restitution hätte er es gethan. Umsomehr konnte er in dem auf die formelgemässe Darstellung folgenden Bericht beides, das *postulare* und das *provocare*, mit dem Worte *dicere* zu-

sammenfassen, und wir dürfen also annehmen, dass auf das *et*, welches sich an den Bericht „*adversarius quoque dicebat similiter*“ anschliesst, nur noch das gefolgt ist, was danach noch fehlt, nämlich die Angabe, dass der Gegner des *adversarius* auch *similiter* (und darin liegt: zwischen *postulare* und *provocare*) geantwortet habe. Auf Grund dessen habe ich, was ich auch jetzt noch für richtig halte, das noch Fehlende in möglichster Kürze und unter möglichstem Anschluss an die Buchstaben *egote* so ergänzt: *eco[n]trario respondebatur*. Dass diese Ergänzung sachlich dem, was wir verlangen mussten, entspricht, ist klar; es sind zu ihrer Rechtfertigung nur einige formelle Bemerkungen erforderlich. Die eine betrifft die Ersetzung der Buchstaben *egote*. In dem was wir an die Stelle setzen, sind die Buchstaben E, O, T beibehalten. An die Stelle von G ist C getreten, was keiner Rechtfertigung bedarf. An die Stelle von E den Buchstaben R zu setzen, dürfte denn doch nicht allzu kühn sein, namentlich in Betracht, dass das R in der Vorlage der letzte Buchstabe der Zeile, also wohl am undeutlichsten geschrieben war.

Die andere betrifft den Ausdruck *e contrario*. Derselbe, wie oft auch der verwandte Ausdruck *ex diverso*, besagt, dass in einem vorher besprochenen Verhältniss eine Umkehrung stattgefunden, insbesondere auch eine Umkehrung in einem Parteiverhältniss; daher denn auch die Bezeichnung *actiones contrariae*. So sagt Gaius II, 52, nachdem er vorher von Fällen gesprochen, wo jemand der vorhandenen *bona fides* ungeachtet nicht ersitzt: *rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat*, und speciell von Umkehrung der Parteirollen heisst es IV, 3: *actio ex diverso adversario* (dem, der in den vorher benannten confessorischen Klagen Beklagter war) *est negativa*. Auch das *similiter*, welches in unserer Stelle zu dem *e contrario respondebatur* zweifelsohne hinzuzudenken ist, findet sich in einer anderen Gaiusstelle, Dig. 10, 2, 19 in Zusammenhang mit dem sinnverwandten *ex diverso*:

Item ex diverso similiter prospicere iudex debet,
ut quod unus ex heredibus ex re hereditaria percepit,
non ad eius solum lucrum pertineat.

Der Gegensatz war, wie das Folgende zeigt, dass einer der

Erben für die Erbschaft Auslagen gemacht hat und dergl.; das eine Mal spricht er von den Miterben etwas an, das andere Mal umgekehrt diese von ihm. Vgl. noch *e contrario* bei Celsus D. 8, 6, 6 § 1 und bei Africanus 3, 5, 48 (49) und 39, 1, 15. *E contrario* bedeutet also „umgekehrt“, d. h. mit Umkehrung der Rollen, so also, dass jetzt derjenige antwortet, der vorher gefragt hatte.

Uebrigens unterscheidet sich unsere jetzige Restitution von der früheren in einer Kleinigkeit: das verbindende *et* zwischen *respondebatur* und *si de re minoris* u. s. w. lassen wir jetzt weg und setzen in Folge dessen statt *si de re ageretur* kürzer (vgl. oben S. 205) *in re*. Dies scheint dem vorwärts drängenden und Verbindungspartikeln verschmähenden Gang des Berichts, wie er sonst im § 16 sich darstellt, besser zu entsprechen; vgl. *adversarius eadem* u. s. w., *cum uterque vindicasset* u. s. w.; *illi mittebant*; *qui prior vindicaverat* u. s. w.; *ille respondebat*.

6. Unser Vorschlag vermeidet die Schwierigkeiten, welche sich erheben, wenn man, an dem überlieferten Text festhaltend, in der in Rede stehenden Lücke Formelworte restituieren will, und genügt dem, was man auf Grund des überlieferten Wortes *nominabant* postulieren muss, vollständig. Er nimmt allerdings an, dass der Abschreiber zwei Buchstaben, die in seiner Vorlage am Ende einer Zeile standen, falsch gelesen habe und ändert diese zwei Buchstaben: gewiss ein sehr bescheidener Eingriff. Wir meinen, dass nicht allzu häufig bei einer offenbar nicht in Ordnung befindlichen Stelle ein lesbarer und den inhaltlich zu stellenden Anforderungen entsprechender Text mit so geringem Opfer erkaufte wird. Wir möchten überdies zu Gunsten unseres Vorschlages — der unseres Wissens wenig oder gar nicht beachtet worden ist — noch folgendes geltend machen.

a) Es wird durch denselben der Bericht des Gaius harmonisch abgerundet. Wie die Worte *in re minoris M aeris scilicet L asses sacramenti nominabant* der Bemerkung in § 15: *illud ex superioribus intellegimus* u. s. w. entsprechen, so ist der Passus *adversarius quoque dicebat similiter et e contrario respondebatur* die Parallele zu *adversarius eadem similiter dicebat et faciebat*. Diese Parallele ist so schlagend, dass

man sich wundern muss, dass man in den überlieferten Worten *adversarius quoque dicebat similiter* überhaupt etwas anderes als ein zusammenfassendes Referat über das Thun des *adversarius* hat sehen können.

b) Was wir suppliren: *ario respondebatur in re minoris m̄ aeris* macht im ganzen nicht mehr Buchstaben aus, als füglich in einer Zeile der Vorlage gestanden haben können.

c) Unsere Ergänzung *e contrario* macht erklärlich, wie der Abschreiber eine Zeile weglassen konnte, und wird also, da die Lücke von vornherein auf Auslassung einer Zeile mit grosser Wahrscheinlichkeit hinweist, auch von dieser Seite her unterstützt. Auslassung einer Zeile erklärt sich namentlich dadurch, dass zwei aufeinander folgende Zeilen gleiche Anfangsbuchstaben haben. Nach unserer Ergänzung würde nun die Vorlage des Cod. Veronensis folgendes gehabt haben:

. ADVERS
ARIUSQ[UO]Q[UE]DICEBATSIMILITERETECO[N]TR
ARIOR[E]SPONDEBAT[UR]INREMINORISMAERIS
SCILICET

Soll diese Vermuthung plausibel sein, so müssen die beiden supponirten vollen Zeilen der Vorlage ungefähr gleich viel Buchstaben enthalten. Dies aber ist der Fall. Die Zählung ergiebt unter Weglassung der eingeklammerten Buchstaben (welche durch die üblichen Abkürzungen der Handschrift gerechtfertigt bzw. geboten ist¹⁾) für die erste Zeile 30, für die zweite 31 Buchstaben. Möglich wäre ja auch, dass in der Vorlage stand *ECONTR* und dass das *N* vom Abschreiber weggelassen wurde. Dass es Handschriften dieses Alters mit 30 und 31 Buchstaben in der Zeile gab, steht fest (vgl. Krüger in Bd. 8 S. 83 f. dieser Zeitschrift). Es lässt sich aber überdies noch nahezu mit Gewissheit feststellen, dass die Vorlage des Cod. Veron. in der That Zeilen von dieser Buchstabenzahl enthalten hat. In IV, 62 ist nämlich dem Schreiber der Veroneser Handschrift ein Versehen entgegengesetzter Art von dem, welches in § 16 anzunehmen ist, begegnet: er hat eine Zeile zweimal abge-

¹⁾ *Similiter* kommt zwar auch abbrevirt vor, doch ist es auch oft ausgeschrieben, im Cod. Veron. z. B. auf S. 52 Z. 12 und S. 193 Z. 19.

schrieben. So ist doch wohl auf S. 212 Zeile 5 und 6 der Handschrift die Wiederholung der Buchstaben *duti* (Rest von *mandati*) *depositi fiduciae p[ro] socio tutelae* aufzufassen; wie im § 16 Auslassung einer ganzen Zeile die einfachste und darum wahrscheinlichste Erklärung des Verderbs ist, so hier zweimaliges Abschreiben einer ganzen Zeile. Das doppelt Geschriebene enthält aber je 32 Buchstaben. Unsere Ergänzung stimmt also zu der Zahl der Buchstaben einer Zeile der Vorlage und so kommen wir von dieser Seite her zu einer Erhärtung des sub b. als möglich Bezeichneten.

Es kann sein, dass das alles nur zufällig so zusammenstimmt. Ob eine solche Annahme mehr Wahrscheinlichkeit für sich habe als die, dass unsere Ergänzung der Lücke richtig sei, darüber möge nun der geneigte Leser sich schlüssig machen.

XIII.

Beiträge zur Publiciana.

Von

Herrn Professor Dr. **H. Eрман**

in Lausanne.

I.

C. Appleton, Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne. Paris 1889. 2 voll. (382 und 383 SS. Text).

Unter vorstehendem Titel hat der Professor des römischen Rechts an der Lyoner Rechtsfacultät C. Appleton eine tiefgreifende und meisterhaft klare Bearbeitung der Publiciana und aller an sie — zumal seit Schulin — anknüpfenden Streitfragen veröffentlicht.

Darüber sind Kritiken von Ferrini, Buonamici, Brezzo, Bonfante und neuestens von Audibert erschienen ¹⁾.

¹⁾ Ferrini im Mailänder Monitore dei Tribunali vom 7./9. 1889. Buonamici und Brezzo im Archivio giuridico Bd. 43 S. 207—252 und

Brezzo bringt viel Selbstständiges, aber oft auch Anfechtbares. Seinen Widerspruch gegen Schulin-Appleton begründet er genauer in der tüchtigen Schrift: *Rei vindicatio utilis* (Torino 1889; 245 SS.).

Ferner ist Appleton nebst den Kritiken von Buonamici und Brezzo noch zum grossen Theil berücksichtigt bei

Evaristo Carusi *l'azione Publiziana in diritto Romano*
Roma 1889. 219 SS.

Eine Anfängerarbeit, gewidmet 'al mio maestro Scialoja', aber klar und kritisch gedacht, flott geschrieben und mit guter Litteraturbenutzung ¹⁾).

Unter Berücksichtigung dieser Kritiken soll im Folgenden über Appletons Buch in Kürze berichtet werden, um dann einige Hauptfragen der Publiciana eingehender zu untersuchen.

Appletons Buch ist durch und durch sorgfältig.

So im Aeussern: systematisches und alphabetisches Register, Quellenregister, fortlaufende Nummern auf dem inneren Seitenrand. Ferner wenig Druckfehler, auch in den Citaten.

So vor allem inhaltlich. Er hat seit 1885 Aufsätze über die Publiciana veröffentlicht, und diese jahrelange Arbeit, die 'longue, patiente et parfois fastidieuse étude' (II p. 130) macht sich allenthalben geltend. Quellen und Litteratur, insbesondere die deutsche, sind sorgfältig erwogen. Jede Behauptung ist durchdacht und der massenhafte Stoff zum wohlgeordneten System ohne Lücken und ohne Abschweifungen zusammengearbeitet.

Aber auch die Schattenseite fehlt nicht. Bei diesem jahrelangen Mitsichherumtragen seiner Ideen hat er sich in sie eingelebt, und so sind trotz der besten Forschungsgrund-

S. 267—299, Bonfante, *Rivista italiana per le science giuridiche* 1890, p. 94—104, Audibert: *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* 1890 S. 269—297.

¹⁾ Ein erster systematischer Theil behandelt die Edictsrestitution (52 SS.), die vorjustinianische Publiciana (51 SS.) und die justinianische (18 SS.), dann folgt ein exegetischer Commentar zu D. 6, 2. — Beiläufig: für D. (6, 2) 12 § 1 widerspricht der exegetische Theil (S. 210) dem systematischen (S. 102).

sätze und -Vorsätze¹⁾ ihm Dinge zu Gewissheiten geworden, die höchstens den Werth von Hypothesen haben²⁾.

Eine solche illusorische Gewissheit ist vor allem die Grundidee des Werkes 'la propriété prétorienne'.

Es ist das eine species nova, zusammengeschmolzen aus Ideen von Scheurl, Huschke und Schulin und manchem eigenen, aber Appletons Eigenthum vor allem durch die energische Zusammenfassung zur begriffsmässigen Einheit³⁾.

Die 'propriété prétorienne', das von der Publiciana geschützte Verhältniss zur Sache, ist für Appleton ein einheitliches Billigkeitseigenthum, was von den civilen Regeln nicht bloss für seine Begründung, sondern allenthalben unabhängig ist.

Sein Wesen werde durch das eine Wort 'relativ' bezeichnet.

Das Civileigenthum sei allenthalben absolut: es besteht gegen alle oder gar nicht, und es wird für immer übertragen oder gar nicht, und zwar noch unter und nach Justinian: *πρόσκαιρος . . οὐκ ἐξέρχεται δεσποτεία* (Stephan. zu Bas. 16, 1, 4). Dagegen das prätorische Eigenthum sei nach beiden Richtungen hin relativ.

Persönlich, denn nicht allein der bonae fidei possessor

¹⁾ Z. B. I p. 22. 23: il faut de toute nécessité appeler à son aide une méthode très rigoureuse, pour éviter de se perdre dans le vague des conjectures plus ou moins plausibles. Il importe . . de mettre toutes les doctrines . . à l'épreuve du doute systématique . . de ne rien laisser d'inexploré, si mince que puisse paraître le détail etc. — ²⁾ In einem mir zur Einsicht gesandten schriftlichen Nachtrag über Formel-auslegung und Edictsrestitution nimmt denn auch Appleton neuestens mehrere der diesbezüglichen Aufstellungen seines Buches zurück. Darüber unten in diesen beiden Capiteln. — ³⁾ Brinz, Zum Rechte der bonae fidei possessio, München 1875, mit dessen Aufstellungen Appletons Theorie sich vielfach berührt, ist demselben leider unbekannt geblieben. Das zeigt sein Buch und das bestätigt ein Brief Appletons an mich. — Uebrigens fragt er darin nicht ohne Grund, ob nicht aus diesem Zusammentreffen 'il résulterait une certaine confirmation des idées de Brinz. Il faut qu'elles soient bien justes en effet puisqu'une autre personne . . . soit arrivée . . par une voie parfois différente au même résultat'. Dass Appleton bei seiner ausgedehnten Litteraturbenutzung (p. VII–IX) diesen wichtigen Aufsatz übersehen hat, erklärt sich, da er anfänglich nur die Publiciana behandeln wollte und erst zuletzt hinter ihr die 'propriété prétorienne' erkannte (I p. 23).

werde nur relativ geschützt, sondern manchmal auch der Erwerber *a domino*, der Bonitarier. So z. B. der Käufer, dem ohne Preiszahlung oder Creditgewährung die Sache übergeben wurde, denn die Publiciana, die Gaius D. (6, 2) 8 und die Bas. (15, 2) 8 ihm zusprechen, versagt gegen den Verkäufer '*si forte . . iustam causam vindicandi habeat*' D. (21, 3) 1 § 5, also bei Insolvenz des Käufers: D. (14, 4) 5 § 18 und bei Resolution des Kaufes (Appleton Nr. 340).

Und gerade weil das prätorische Eigenthum persönlich relativ war, habe man es auch unter Resolutivbedingung übertragen können mit *ipso iure* Rückfall. Bei dem gegen alle wirkenden Civileigenthum würde darin eine Aufopferung der Dritten gelegen haben¹⁾. Anders bei dem prätorischen Eigenthum, d. h. der Publiciana. Ihr Wiederaufleben habe gegen die Dritten nicht weiter gereicht, als die *replicatio doli* gegen deren Einrede des Eigenthums oder des publicianischen Besitzes, d. h. also gegen den Veräußerer, gegen seine Universal- oder Lucrativnachfolger und gegen seine Pfandnehmer: D. (44, 4) 4 § 30. Dagegen oneroser Erwerb eines Dritten habe das prätorische Eigenthum zerstört oder aber sein Wiederaufleben verhindert (Appleton Nr. 327—330).

Kann man den *bonae fidei possessor*, der noch beim *Usucapiren* ist, schon als Eigenthümer ansehen? Darauf antwortet Appleton (Nr. 369) mit einer eigenthümlichen Wendung des bekannten '*werdenden Eigenthums*'.

Aller Eigenthumsschutz entspringt dem Gedanken, dass im Eigenthum die Person angegriffen wird. Angegriffen wird sie aber, weil durch die Gewöhnung an die Sache der Eigenthümer sie als Theil seiner selbst ansieht. Also das Eigenthum beruht auf der '*accoutumance*'. Daher die Ersitzung. Hier wird durch die *accoutumance* das alte Eigenthum zerstört und ein neues begründet. Aber der Ablauf der Ersitzungsfrist vollendet nur die Wirkung der Gewöhnung, begonnen hat dieselbe schon am Tage des Besitzerwerbs. An diesem Tage hat sich das Band zwischen dem Erwerber und der Sache zu knüpfen, das Band zwischen Eigenthümer

¹⁾ Aber auch die Hypothek, geschaffen vom Prätor und den Kaiserjuristen, opfert die Dritten auf! — ebenso Audibert a. a. O. S. 291.

und Sache zu lösen angefangen. Der Ablauf der Ersitzungsfrist bringt nur diese beiden Entwicklungen zum Abschluss¹⁾. Dies prätorische Billigkeitseigenthum überlebt nun nach Appleton das civile, so oft dessen Untergang unbillig wäre.

Hier folgt er Schulins Theorien, indess mit eigenartiger Begründung durch eine neue Formelauslegung (*anno* = seit einem Jahr) und dementsprechend mit wesentlichen Einschränkungen. Er nimmt die *Publiciana* (das prätorische Eigenthum) als fortbestehend an nach unbilliger Ersitzung, nach *pictura*, *accessio*, *specificatio*, endlich nach erzwungener oder *resolvirter* Veräußerung. Dagegen die gewöhnliche Veräußerung schneidet nach ihm — im Gegensatz zu Schulin — die *Publiciana* formelmässig und *officio iudicis* ab.

Diesen Aufstellungen würde man gern zustimmen, wenn nur ihre Grundlage, nämlich Appletons neue Formelauslegung, nicht als unannehmbar sich erwiese. Darüber später. —

Der eigentliche und letzte Ausgangspunkt aller Theorien Appletons liegt in Schulins Aufstellungen über die Eigenthumsverhältnisse an *mortis causa* verschenkten und besonders an *resolutiv* verkauften Sachen. Bekanntlich erklärt Schulin die fraglichen Stellen durch Combinirung der *Vindication* (die der Verkäufer behielt wegen nicht erfolgter '*solutio vel satisfactio*') mit der *Publiciana*, die der Erwerber durch Auflösung der *causa* verliert (*fundus inemptus*!), während sie für den Veräußerer wieder auflebt.

Diese Aufstellungen sind der wichtigste Theil von Schulins *Publicianasystem* und zugleich auch der weitaus ansprechendste. So hatten sie seiner Zeit Hölders vollen Beifall gefunden (*Krit. Vierteljahrsschr.* XVIII S. 197) als hinreichendes und höchst erwünschtes Mittel, um gegenüber den Stellen über *resolutivbedingten* Verkauf die allgemeine Bedingungslehre des römischen Rechts aufrecht zu erhalten.

Diese Aufstellungen haben denn auch Appleton gewonnen, und '*maintenir l'excellent système de Schulin*' für die Fälle

¹⁾ Ainsi ce n'est pas au jour de l'usucapion accomplie que se forme le lien entre le possesseur et l'objet, mais c'est à ce jour qu'il se consolide définitivement. Il ne change pas de nature, mais de force seulement. Appleton II, p. 315.

resolutivbedingter Veräusserung ist offenbar der Gesichtspunkt für seine ganze Arbeit gewesen.

Dieselbe ist zwar mit rühmlichster Unbefangenheit geschrieben. Ein bewusstes Beweisenwollen¹⁾ liegt nirgends vor. Doch aber wird oft genug die zwischen zwei Möglichkeiten unentschieden schwankende Wage durch die Rücksicht auf 'le système de Schulin' nach dieser Seite heruntergezogen.

Der Wunsch, Schulins System zu retten, war der Vater von Appletons Formelauslegung und liess manche Einwürfe dagegen übersehen, andere — bemerkte — leichter nehmen als sie wiegen.

Er liess die Publiciana wegen Baum, Maltafel und Wolle behufs Vermeidung der probatio diabolica unbedenklich hinnehmen, während doch von den beiden Elementen der diabolica probatio, bedeutender Werth und individuelle Erkennbarkeit, für diese Sachen nicht weniger als alle beide fehlen u. s. w.

So ist es denn nicht ungerechtfertigt, wenn Buonamici, Brezzo und Carusi einstimmig Appleton zu vieler Hypothesen beschuldigen und eine strengere Methode postuliren.

Meist allerdings mit Anführung von Appletons eigenen Aeusserungen. Wie alle Tugenden ist eben auch die ars ignorandi et dubitandi leichter zu predigen als zu üben. Und das zumal bei der Publiciana, die allenthalben zum Conjecturiren geradezu herausfordert: ein zerrüttetes und von Lenel überkühn restituirtes Edict, eine an Räthselfragen reiche Stelle: D. (17, 1) 57, und endlich daran anknüpfend Schulins weitgreifende Hypothesen, die die zweifelhafte Publiciana noch mit den Räthseln der vindicatio utilis und der Resolutivbedingungen in Verbindung setzt.

Hier ist nun Appleton in der That nicht stets methodisch streng verfahren. Zwischen 'möglich', 'wahrscheinlich' und 'sicher' unterscheidet er nicht mit der nöthigen Bestimmtheit. Er glaubt durch Prüfung aller Argumente sicheren Boden zum Weiterbau zu gewinnen (I S. 22), und so wächst mit jedem neuen Stockwerk das hypothetische Element. Offen lässt er fast nie eine Frage, während doch für ein so um-

¹⁾ Wer Recht behalten will und hat nur eine Zunge,
Behält's gewiss. Faust.

fangreiches Gebiet unsern Quellen nach nicht auf ein Drittel halbwegs sicherer Ergebnisse gerechnet werden kann.

In diesem Streben nach Bestimmtheit überlastet er einige an sich durchaus richtige Wahrnehmungen, wie z. B. Jherings 'Gesetz der juristischen Oekonomie'. Daraus mag man schliessen, dass, wenn die *bonae fidei Publiciana* auch für den Bonitarier reichte, man es bei dieser einen Klage für beide wird haben bewenden lassen. Dagegen entnimmt Appleton zu viel daraus, wenn er wegen dieser Sparsamkeitstendenz für *a priori* wahrscheinlich erklärt, dass in den sämtlichen '*utiles in rem actiones*' eine und dieselbe Klage vorliege und zwar gerade die uns bekannte *Publiciana*. Denn wieviel kennen wir von den prätorischen Formelschöpfungen, die Gaius (4, 46) '*innumerabiles*' nennt und Cicero '*res infinita*' (Top. cap. 8)?

So ist denn von Appletons positiven Aufstellungen mehr als eine nachweisbar unrichtig.

Indess für die Wissenschaft als collective Thätigkeit ist wichtiger noch als die eigene Theorie einer Monographie die übersichtliche erschöpfende Ordnung des Materials und die gewissenhafte Prüfung der Quellen. Und dies beides bietet Appleton in zuverlässigster Weise.

Appletons Werk zerfällt in drei Theile.

Der erste (134 SS.) giebt den Begriff des prätorischen Eigenthums, seine Geschichte, d. h. die Geschichte der *Publiciana* nebst Edictsrestitution, und seine Gegenstände: *Publiciana* für Erzeugnisse oder Bestandtheile der erworbenen Sache, *Publiciana* für Provincialgrundstücke u. s. w.

Der zweite Theil (318 SS.) behandelt unter dem Titel 'Erwerb des prätorischen Eigenthums' die *Usucapionserfordernisse*. Eine schöne, an wichtigen, eigenen Gesichtspunkten reiche Untersuchung. Hier (wie auch sonst allenthalben) adoptirt Appleton die einfachste und consequenteste Hypothese, nämlich Stintzings nur durch *furtum* ausgeschlossene XII Tafel-*usucapion*.

Dem ist beizustimmen. Stintzings Herleitung des *bona fides*-Erfordernisses aus dem *vitium furtivitatis* ist in der That eine höchst wahrscheinliche Hypothese¹⁾.

¹⁾ Das einzige Bedenken gegen sie liegt in der *bona fides* auch bei der *Immobiliarusucapion*. Appleton verweist hier kurzweg auf die

Neu ist aber, dass und wie Appleton aus dem Furtivitätshinderniss auch die Nothwendigkeit des Titels ableitet.

Wie wehrt man heut den Diebstahlsverdacht ab? fragt er. Durch die Angabe eines bestimmten redlichen Erwerbes. So auch in Rom. Hier hätte er C. (6, 2) 5 von Alexander anführen können: *civile est quod a te adversarius tuus exigit ut rei quam apud te fuisse fatearis, exhibeas venditorem. nam a transeunte etiam ignoto emisse non convenit volenti evitare alienam bono viro suspicionem.*

Der *iustus titulus* wäre also ursprünglich nichts gewesen als der Umstand, der dem Geschworenen die Behauptung des *bona fide* Erwerbes glaubhaft machte, d. h. die Behauptung, nicht gestohlen zu haben.

Diese Vermuthung ist durchaus möglich und recht wahrscheinlich, zu beweisen ist sie indess nicht ¹⁾.

Zeugnisse über das *furtum* an Immobilien bei den *veteres* (G. 2. 51; Gell. 11, 18; J. 2, 6 § 7). Aber hier erhebt sich ein schwerer Einwurf: ist die Ausdehnung des *furtum a ferendo* D. (47, 2) 1 pr. auf Grundstücke nicht un-naiv und daher un-ursprünglich? Jedoch diesen an sich erheblichen Einwurf hat Stintzing entkräftet durch die Gegenfrage: ob etwa den späteren Juristen mit ihren etymologischen Liebhabereien diese etymologiewidrige Subsumtion leichter zuzumuthen sei. Das schlägt durch. Gemacht worden ist die Subsumtion, und da spricht die Wahrscheinlichkeit gegen die neueren, also für die alten Juristen. Damit aber fällt der einzige wirkliche Einwand gegen Stintzings Hypothese. Uebrigens konnte gerade bei einer *Usucapion* ohne *bona fides* die Idee eines Stehlens von Grundstücken leicht entstehen. Wenn z. B. ein Pächter einen entlegenen Acker an einen Helfershelfer verkaufte (vgl. Gellius 11, 18, 13) und dieser ihn in zwei Jahren ersass, dann war dem Herrn der Acker so gut 'gestohlen', wie die erste beste Mobilie. Da lag es denn nahe, gerade zur Verhinderung solcher *Usucapionen* zu proclamiren: *etiam fundi furtum fieri posse.*

¹⁾ Insbesondere ist gegen ein negatives Argument Appletons (Nr. 95) zu protestiren. Nämlich gegen die Behauptung, die schon vor ihm der Pariser Romanist Esmein aufgestellt hatte und der auch Appletons Kritiker Audibert a. a. O. S. 281 sich durchaus anschliesst, dass Stintzings Herleitung des *Usucapionstitels* aus der *Publicianatheorie* an sich undenkbar sei, ein historisches *ἑστειρον πρότερον*. Die *Publiciana* habe sich nach der *Usucapion* gerichtet und nicht umgekehrt. Das ist ein gut naturrechtlicher Gedankengang. Weil das Resultat der Rechtsgeschichte ein mehr oder weniger logisches System von Rechtssätzen ist, so sollen diese Rechtssätze sich auch in dieser logischen Ordnung und Reihenfolge herausgebildet haben. Dabei bleibt ausser Betracht, dass ein Rechts-

Im dritten Theil (310 SS.) behandelt Appleton die *Publiciana* nach Eigenthumsverlust oder wie er sagt: das das *Civileigenthum* überlebende prätorische Eigenthum. Die Grundidee dieses Abschnittes ist bereits dargelegt worden, weiteres über diese schwierigen und zweifelhaften Fragen später.

Vor seiner Lyoner Professur war Appleton Professor des französischen Rechts in Bern. So ist er aus einem kräftigen modernen Rechtsleben in das römische Recht gekommen und das macht sich allenthalben vortheilhaft geltend.

Vor allem in der Wärme, mit der er seine Aufgabe angreift und durchführt. Denn, wie er auf der ersten Seite ankündigt und im letzten Capitel nachzuweisen sucht, die *Publi-*

satz, und nun gar ein Rechtslehrsatz wie der vom *titulus*, in seinem ersten Ursprung nichts ist als der concrete Einfall eines concreten Juristen. Wie der Einfall in dessen Gehirn sich entwickelte, ob mehr aus Zweckmässigkeits- oder mehr aus logischen Erwägungen, ob logisch correct oder als Cirkelschluss, dass ist eine einfache Thatfrage, für deren vermuthungsweise Beantwortung die allgemeine Methode der betreffenden Jurisprudenz meist den einzigen schwachen Anhalt bietet. Die Lieblingsmethode der römischen Jurisprudenz war nun aber bekanntlich die analoge Anknüpfung des neuen Begriffs an irgend eine positive Satzung. So wurde der Pflichttheil aus der *lex Falcidia* gewonnen und der Grossjährigkeitstermin aus der *lex Plaetoria*. Da musste denn auch das Edict des *Publicius* mit seinem *Tituluserforderniss* (*qui bona fide emit*), was sehr wohl eine der *Usucapion* fremde, positive Neuerung sein konnte, ein willkommener Vorwand sein, um den *titulus* auch für die *Usucapion* zu fordern, vermöge des harmlosen Trugschlusses: 'weil die *Publiciana* den *Usucapionsregeln* folgt, so muss jede *Publicianaregel* auch als *Usucapionsregel* gelten'. Dies musste so vor sich gehen, falls bei Aufstellung des *publicianischen* Edicts die *Usucapionstheorie* noch in ihrer ursprünglichen Verschwommenheit und Gährung sich befand. Man wird also Stintzings Herleitung des *Usucapionstitels* aus der *Publicianalehre* nur dann (mit Esmein, Appleton und Audibert) verwerfen dürfen, wenn man der Ueberzeugung ist, dass das *titulus-Erforderniss* in der *Usucapionslehre* bereits feststand, als das *publicianische* Edict publicirt wurde. — Zu dieser Ueberzeugung (natürlich als rechtshistorischer, hypothetisch schwankender) kann man nun trotz aller Unsicherheit von *Publicius'* Prätur durch Appletons Vermuthung über die Herkunft des *Usucapionstitels* gelangen. Aber da deducirt man die Unwahrscheinlichkeit von Stintzings Hypothese aus der Wahrscheinlichkeit von Appletons, nicht aber (wie Appleton es versucht) die Wahrscheinlichkeit seiner Hypothese aus der Unmöglichkeit der Stintzingschen.

ciana soll trotz Schweigens des Code civil noch im heutigen französischen Rechtsleben ihre Stelle haben.

Hier nur soviel über dieses Capitel, dass Appleton die Leugner der Publiciana im französischen Recht, insbesondere den Belgier Laurent, mit ihren eigenen Waffen zu schlagen sucht und auch zu schlagen scheint.

Laurent verwirft die Publiciana, weil der Code sie nicht erwähne und demnach auch für den Eigenthumsprocess der Grundsatz Platz greife: *actori incumbit probatio*. Daher müsse der Eigenthümer selbst dem untitulirten Besitzer gegenüber Verjährung oder *dominium auctoris* beweisen. Die entgegengesetzte Praxis sei ungesetzlich.

Darauf erwidert Appleton: der Satz '*actori incumbit probatio*' stehe so wenig im Code, wie die Publiciana. Nur in Anwendung auf Obligationen spreche ihn Art. 1315 aus. Natürlich im Sinne seiner allgemeinen Anerkennung. Aber eben auch nur seiner Anerkennung, nicht seiner Abänderung und Verschärfung gegenüber dem französischen Recht von 1804. Dieses aber habe nach Pothier den Satz '*actori incumbit probatio*' im Eigenthumsprocess nur mit der Milderung der Publiciana gekannt, dass das *dominium auctoris* nur gegenüber einem titulirten Beklagten zu beweisen sei. Die dementsprechende Praxis sei also, ohne es zu wissen, durch die Tradition gerechtfertigt ¹⁾).

So bringt Appleton seiner Aufgabe das lebhafteste praktische Interesse entgegen. Wie schon der Titel '*histoire . . . de l'action Publicienne*' für dieses wesentlich systematische und dogmatische Werk es ausdrückt, ist ihm das Publiciana-recht der Pandektenjuristen nur eine Phase in der geschichtlichen Entwicklung, die ohne Unterbrechung von Publicius über Justinian und Pothier bis zur heutigen französischen Praxis führt. So spricht er denn auch gelegentlich geradezu von der '*séparation absurde*' zwischen dem römischen und französischen Recht in Rechtslehre und Rechtsanwendung.

¹⁾ Appleton II S. 352—361. Auf S. 378 sagt er über die Frage sehr treffend: *Il ne suffit pas . . . de vouloir ignorer la tradition pour s'en affranchir! Elle dicte leurs décisions même à ceux qui n'en ont point approfondi les origines, ils en subissent l'influence à leur insu; oeuvre de raison et d'expérience, elle devient un instinct, une raison qui s'ignore.*

Die französische Praxis hat ihm aber auch für die *Publiciana* selbst interessante Aufschlüsse gegeben. So über die Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises bei Grundstücken, die aus einzelnen Parzellen zusammengekauft sind: *les aliénateurs ne livrent pas leurs titres, quand ils n'aliènent pas la totalité de leur bien* (II, p. 35). So ferner z. B. für die bekannte Controverse zwischen Neratius und Julian (Ulpian) über die *Publiciana* zwischen Erwerbern *a duobus non dominis*¹⁾. Hier bemerkt er, diese Controverse sei nichts als eine noch in der neuesten französischen Praxis offene Streitfrage, ob der ältere Titel oder der gegenwärtige Besitz den Vorzug verdiene (II p. 25).

So geht ein frisches praktisches Leben durch das Buch, dem Brezzo mit Recht *un metodo sperimentale che è degno d'esempio* nachrühmt.

Insbesondere stellt Appleton allenthalben die processualische und Beweisfrage in den Vordergrund²⁾.

Auch vom speciell romanistischen Standpunkt aus hält das Buch jeder Kritik Stand.

In den Formularprocess und das Exceptionen- und Replikwesen ist Appleton durchaus eingelebt. Seine hypothetischen Formelrestitutionen sind einfach und wahrscheinlich³⁾.

Seine Quelleninterpretationen sind gründlich und zugleich, was selten damit zusammengeht, sehr unbefangen.

Hin und wieder verführt ihn allerdings seine rückhaltlose Verehrung der Pandektenjuristen dazu, ihren rasch und leicht hingeschriebenen Sätzen ganz specielle Beziehungen unterzuschieben⁴⁾.

¹⁾ D. (6, 2) 9 § 4; D. (19, 1) 31 § 2. — ²⁾ So z. B.: en théorie on est propriétaire ou on ne l'est pas, en pratique la question de preuve complique beaucoup la situation; la preuve parfaite . . c'est dans l'immense majorité des cas un idéal, dont on cherche à se rapprocher, mais qu'on ne saurait espérer atteindre. (*La Publicienne*) renferme donc l'expression d'une vérité profonde et pratique, elle tient compte de cette notion d'expérience journalière: ne cherchons point l'absolu, il n'est point de ce monde (I p. 19. 21. 22). — ³⁾ So giebt er z. B. für die *Publiciana* wegen der Baumaterialien eines publicianisch erworbenen Hauses D. (6, 2) 11 § 6, wo Lenel, *Edictum* S. 132 die Construction der Formel für sehr schwierig erklärt, folgende wahrscheinliche Vermuthung: *si caementa huius insulae quam Aus Aus emit et ea ei tradita est, anno possedisset, tum si ea caementa eius esse oporteret ex iure Quiritium* (I p. 274). — ⁴⁾ Wenn z. B. Ulpian D. (6, 2)

Indess eigentliche Künsteleien liest er in die Quellen nirgends hinein, denn was er den Classikern in erster Linie nachrühmt, ist ihr praktischer Sinn¹⁾ und die einfache Klarheit ihres Denkens. Und so giebt er allenthalben praktische und durchsichtige Erklärungen²⁾. —

Appletons Werk ist aus dem Rechtsunterricht hervorgegangen, aus einem 'cours du doctorat', dem 'Seminar' der französischen Facultäten. Mehrere Dissertationen über darin

7 § 14 sagt: neque quod ante emptionem neque quod postea dolo malo factum est in hac actione deduci Pomponio videtur, und im § 17: Iulianus . . scripsit traditionem rei emptae oportere bona fide fieri — so wird er, oder sein Muster Pomponius, über die praktische Vereinbarkeit der nach dem Kauf fortgefallenen bona fides mit ihrer Nothwendigkeit im Traditionsmoment kaum viel gegrübelt haben. 'Neque postea' war ja jedenfalls richtig für den häufigen Fall der mit dem Kauf verbundenen Tradition. Daher gewiss zu fein Appleton 99 n. 13: la bonne foi . . . n'est requise ni avant ni après c'est à dire dans le temps intermédiaire entre la vente et la tradition, mais il faudra qu'au jour de la tradition l'acheteur soit redevenu de bonne foi.

¹⁾ I p. 19: les Prudents . . ne sont point des théoriciens d'école mais de grands praticiens, rompus aux affaires, connaissant . . tous les rouages de l'administration et de la justice: des hommes pour qui le droit ne se sépare jamais de son application usuelle aux choses de la vie. — Wobei aber das schulmässige Element, das 'quae didici' und 'quod vulgo traditur' unterschätzt wird. Ohne Schul- und Buchgelehrsamkeit, Schullehren und Schulbegriffe hätte der ungeheure Stoff nicht von Generation zu Generation sich fortpflanzen können, vgl. Schol. zu Iuv. 4, 77: (Pegasus) iuris studio gloriam memoriae meruit ut liber vulgo non homo diceretur. — ²⁾ Die bedeutendste Interpretation Appletons ist die von Vat. Fr. 283 (II p. 177—186, p. 379—383). Er stellt durch ein abgedrucktes Facsimile Scialojas fest, dass klar und deutlich ad te proprietas im Manuscript steht und widerlegt auch anderweitig die Vermuthung, es habe 'ad tempus' dastehen sollen. Er zeigt, dass mit 'ad tempus' der vom Niessbrauch handelnde Schluss der Stelle unerklärlich ist, während er sich mit 'ad te' erklärt: 'cum proprietas ad te transferri nequiverit', der Fragsteller war selbst nicht Eigenthümer geworden, daher hat er weder Eigenthum noch Niessbrauch übertragen können. Woher er nicht Eigenthümer geworden war, das wird in der Eingabe gestanden haben, von der hier nur die subscriptio erhalten ist. — Die Interpretation ist gewiss richtig. Gewonnen ist sie durch sorgfältiges, unbefangenes Lesen der ganzen Stelle. — Durchaus entsprechend ist die Pellat-Appletonsche Auslegung von D. (6, 2) 12 pr., von der später zu sprechen ist.

angeregte Fragen zeigen, wie dieser Unterricht gefasst hat. Sie bestätigen den Eindruck, den man beim Lesen von Appletons Buch von seinem juristischen Lehrtalent erhält. Selbst bei den verwickeltsten und schwierigsten Fragen eine bewundernswerthe, durchsichtige Klarheit. Dazu ein aufrichtiger Eifer für die Sache, der den Leser erwärmt und mitreisst, und der bei aller Lebendigkeit mass- und geschmackvolle Stil der guten, französischen Litteratur — kurz die Form hält dem Inhalt durchaus die Wage, und der Beifall, den das Werk in Frankreich und Italien gefunden hat, ist durchaus verdient.

Französische Stimmen weisen Buch und Mann einen wichtigen Platz an in der im Werke begriffenen Herausbildung der 'Universität' Lyon durch immer kräftigere Entwicklung und Vereinigung der seit Napoleon vereinzelter Facultäten und damit in dem grossen Plan der Wiedergeburt Frankreichs durch die geistige Emancipation der Provinzen und die Wiederbelebung des municipalen Geistes.

Wir Deutsche haben allen Grund, diesem Fichteschen Unternehmen der 'Wiedergeburt durch die Universitäten' vollen Erfolg zu wünschen. Je kräftiger und gesunder die beiden grossen Nachbarvölker sich entwickeln, je hingebungsvoller sie ihrer gemeinsamen Culturaufgabe nachstreben, um so eher kann und wird, was sie jetzt trennt, geschlichtet und vergessen werden. Möge also die 'Universität Lyon' bald als erste französische Regionaluniversität sich aufthun und zu Frankreichs Ehre glänzen durch das ernste wissenschaftliche Streben ihrer Lehrer und Studenten, von dem Appletons im Unterricht entstandenes Buch ein schönes Zeugniß ablegt. Und möge der Geist des neidlosen Zusammenarbeitens und Austauschens mit der deutschen Wissenschaft die neue Universität beseelen, wie er Appletons ganzem Buche seinen Stempel giebt.

Als seinen Hauptzweck bezeichnet er, die Ergebnisse der neueren deutschen Publicianaforschung den Franzosen bekannt und zugänglich zu machen (Nr. 8; Nr. 5 Note 43). Aber das Buch giebt eben so viel, wie es entlehnt. Es zeigt, dass schon in der 'érudition', im Philologisch - Historischen die französischen Romanisten durchaus auf der Höhe und zur Mitarbeit befähigt sind. Und für das eigentlich Juristische

bestätigt es mehr als einmal die oft gemachte Wahrnehmung¹⁾, dass die Franzosen mit ihrem präzisen, positiven und eminent klaren Denken unsern antiken Meistern congenialer sind als der im Suchen und Grübeln sich ergehende deutsche Geist.

II.

Julians Publicianaedict.

Ueber Julians Publicianaedict ist mit unseren dürftigen und verdorbenen Quellen nicht zur Gewissheit zu gelangen. Als wahrscheinlich soll aber im Folgenden behauptet werden: ein und dieselbe Publiciana für den formlosen Erwerb a domino und für den gutgläubigen a non domino, also ein Edict und eine Formel.

Diese Annahme entspricht dem Edictsbericht und der Formel bei G. 4, 36 anerkanntermassen am besten. Aber die von Ulpian D. (6, 2), 1 pr. und 7 § 11 erhaltenen Edictsreste (Edict sensu lato) sollen damit im Widerspruch stehen. Auf Grund dieser Fragmente wird die eine Doppelpubliciana noch neuestens von den meisten verworfen, allerdings von sehr verschiedenen Standpunkten aus.

Brezzo²⁾ leugnet die Bonitarierpubliciana ganz und behauptet schon für die classische Publiciana die justinianische Beschränkung auf den bona fide Erwerb a non domino.

Weit häufiger ist die umgekehrte Behauptung, bis zu Justinian habe es zwei verschiedene Publicianen gegeben, die eine für den Bonitarier, die andere für den bonae fidei emptor (a non domino). Und zwar nimmt man für diese zwei Klagen meist zwei Edicte an³⁾. Anders aber neuestens Lenel, der in

¹⁾ Insbesondere von Brinz in einer Rectoratsrede (von 1874?) über den Beschluss der Ausarbeitung des deutschen Civilgesetzbuches. Er misst es darin lediglich dem Code Napoleon zu, wenn die zur juristischen Führung Europas berufenen Franzosen dieselbe an die minder dazu befähigten Deutschen verloren hätten. — ²⁾ Rei vind. ut p. 55; Archivio XLIII p. 271 ff. — ³⁾ So vor allem Lenel, Beiträge S. 1 ff.; Edictum S. 129–132. Ihm beistimmend: Wlassak, Edict und Klageform S. 78 A. 14; Cohn, Krit. Vjschr. XXIV, S. 30–31 (er nennt das Bonitarieredict das 'gesichertste und bedeutendste Ergebniss' von Lenels Beiträgen). Für mindestens zwei Edicte auch Schulin, Röm. Rechtsgesch. (1889) S. 312–314; mindestens, denn er stellt dahin, ob nicht ein drittes Edict bestand für einen weiteren Anwendungsfall der Publiciana, auf den er zum ersten Mal

der Palingenesie neben dem Bonitarieredict eine blosse Formel für den *bonae fidei emptor* vermuthet¹⁾.

Von diesen Aufstellungen ist durchaus unwahrscheinlich die Brezzosche, die dem Bonitarier die *Publiciana* abspricht²⁾.

Sie beruht auf dem '*non a domino*' D. (6, 2) 1 pr. und auf dem '*qui bona fide emit*' D. (6, 2) 7 § 11, in seinem landläufigen Sinn (b. f. Erwerb = Erwerb a non domino).

Indess das *non a domino* ist tribonianisch aus den oft aufgezählten Gründen, von denen Brezzo auch nicht einen

dankenswerther Weise hinweist, nämlich für den Erwerb von einem prätorischen Universalerwerber: *honorum possessor* oder *honorum emptor*. Hierin vermuthet Schulin a. a. O. den überhaupt ersten Anwendungsfall der *Publiciana*. Der Prätor habe dem *usucapionsfähigen* Käufer eine Klage versprochen, um dem *honorum possessor* und *honorum emptor* die Verwerthung der ihnen überwiesenen *bona* schon vor abgelaufener *Usucapion* zu ermöglichen. Eine sehr wahrscheinliche Vermuthung. Dagegen spricht nichts. Dafür spricht, dass danach *Publicius* durch ein ganz specielles Bedürfniss der prätorischen Jurisdiction zu seiner Reform veranlasst worden wäre, entsprechend dem römischen: *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*, Pomp D. (50, 17) 36, und entsprechend z. B. der Einführung der *actio negotiorum gestorum* für das prätorische Jurictionsbedürfniss der Processvertretung.

¹⁾ Paling. II p. 512 n. 3 zu D. (6, 2) 7 § 10 ssq.: *ad formulam haec quae sequuntur, non ad alterum edictum pertinet. Iam crediderim praetorem de eo solo edixisse, cui Mancipi res a domino tradita esset, de eo autem qui bona fide emisset, solam formulam, quam scilicet edicto illo antiquiorem esse putem proposuisse. Dazu Addenda II p. 1264: del. verba quam scilicet edicto illo antiquiorem esse putem. Nam si praetorem prius de rerum Mancipi traditione edixisse posueris, nil est quod mireris eum, cum ad huius edicti exemplum etiam bonae fidei emptori formulam proponeret, denuo non edixisse: quamvis alioquin eae formulae, quae edicto nullo praemisso in albo propositae erant, ad initia iuris praetorii pertinere videantur. Die Ausführung und Begründung seiner neuen Aufstellungen über die *Publiciana* verspricht Lenel in einem bei Appleton Nr. 44 mitgetheilten Brief, demnächst in 'Nachträgen zum Edict' zu geben. — ²⁾ Die Bonitrierpubliciana wird mehr oder weniger sicher bezeugt in folgenden Stellen: D. (44, 4) 4 § 32: *fundus — in bonis*; D. (19, 1) 31 § 2: *a non domino — a domino*, und doch offenbar dieselbe Klage; D. (39, 2) 18 § 15; D. (6, 2) 6; 7 pr.; 12 pr.; D. (17, 1) 57; D. (21, 2) 39 § 1 — all diese Stellen lassen sich nur gezwungen von Erwerb a non domino verstehen.*

widerlegt hat¹⁾. Diese Interpolation aber wäre ziemlich unbegreiflich, wenn die Publiciana nicht bis zu Justinian dem Bonitarier zugestanden hätte. Dazu kommt die Unwahrscheinlichkeit von Brezzos eigener Hypothese, der Bonitarier habe statt mit Usucapionsfiction mit der Fiction der Mancipation oder in iure cessio geklagt²⁾. Die Usucapionsfiction entsprach der wirklichen Praxis, die für bonitarischen Erwerb stets auf die Usucapion als Perficierungsmittel abstellte. Sie war auch viel weniger kühn als die Fiction einer nicht erfolgten Mancipation. Zu dieser hätte man nachträglich kommen kön-

¹⁾ Dass Ulpian in dem Edict D. (6, 2) 1 pr. nicht *non a domino* las, ergibt sich bekanntlich zunächst aus D. (6, 2) 7 § 2 und 4, wo Ulpian dies Edict auf Fälle des Erwerbs *a domino* anwendet, ohne sie als edictwidrig zu bezeichnen. Ferner daraus, dass er zu dem 'qui bona fide emit' D. (6, 2) 7 § 11 ohne Rückverweisung auf das Edict bemerkt, der gutgläubige Käufer habe die Publiciana, selbst wenn er *non a domino* erworben habe. Sodann daraus, dass bei G. 4, 36 in der Formel und im Edictsbericht von einer Beschränkung auf den Erwerb *non a domino* kein Wort steht. Auf all dies erwidert Brezzo einfach: 'Né alla l. 7 §§ 2 e 4 § 11, né parimente in Gaio (IV, 36) si può trovare argomento per conchiudere che la Publiciana compete altresì nel caso del acquisizione a domino'. Und nicht besser ist es, wenn er das letzte und stärkste Quellenargument, das Fehlen eines Commentars zu *non a domino* mit der Bemerkung ablehnt: Qual necessità poteva presentarsi di un commento al parole *non a domino*? Denn Anlass zu Erörterungen boten die Worte genug, z. B. ob der Bonitarier trotz seines Erwerbs *a domino* das Edict anrufen könne. Im übrigen zeigen selbst unsere gekürzten Reste von Ulpians Edictscommentar, dass Ulpian grundsätzlich jedes Wort commentirte (vgl. Ulp. D. (5, 3) 20 § 6^a: *aptanda est . . . singulis verbis . . . congruens interpretatio*). Indess eine kleine Lücke hat der allgemein adoptirte Schluss vom Fehlen des Commentars zu 'non a domino' auf die Unechtheit dieser Worte bei alledem doch. Nämlich die Compilatoren könnten Ulpians Commentar gestrichen haben wegen Anspielung auf das duplex dominium. Um hierüber wegzukommen, ist in der That etwas Glauben und Wagen nöthig. Aber nicht viel. Denn bei der Wichtigkeit des 'non a domino' für das justinianische Recht hätten die Compilatoren den Commentar dazu sicher lieber interpolirt als gestrichen. Wie andererseits diese selbe Wichtigkeit, nämlich die Abschaffung des duplex dominium die Interpolation für 'non a domino' dringend wahrscheinlich macht. — ²⁾ Eine Anspielung darauf sucht er bei G. 2, 41: *semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit id est in bonis et ex iure Quiritium tua res esse ac si ea mancipata vel in iure cessa esset (!)*.

nen, für das schon völlig ausgebildete Institut des bonitarschen Eigenthums. Aber wozu hätte da der Prätor die herkömmliche Fiction ändern sollen?

Die Bonitariespubliciana ist also, trotz ihrer neuesten Ablehnung durch Brezzo, als sicher anzusehen. Dagegen ist schwerer und weitläufiger nachzuweisen, dass eine und dieselbe Publiciana den Bonitarier und den b. f. possessor schützte. Die Behauptung der zwei verschiedenen Publicianen fusst auf der angeblichen Unvereinbarkeit von D. (6, 2) 1 pr. mit D. (6, 2) 7 § 11. Nach Lenel soll die erstere Stelle den Erwerber a non domino ebenso ausschliessen wie die zweite den Erwerber a domino. Aber diese beiden Behauptungen sind unhaltbar. Es wird sich zeigen lassen, dass jeder der beiden prätorischen Sätze ganz gleichmässig auf den Erwerb a domino und a non domino ging.

Zunächst D. (6, 2) 1 pr.:

Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Nach Lenels in den Beiträgen aufgestellter und im Edictum und der Palingenesie beibehaltener Hypothese ist dies Edict interpolirt für

Si quis id quod mancipatur traditum ex iusta causa a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Das wäre in der That ein exclusives Bonitarieredict.

Aber zunächst ist nicht erwiesen, dass das tribonianische 'non a domino' nicht völlig unecht ist, sondern nur eine Interpolation für 'a domino'. Nach der Palingenesie ist Ulpian's Commentar zu a domino in den Fragmenten 564—566 erhalten. Aber diese Ausführungen können ganz ebenso gut bei Erörterung des emit der Formel geschrieben sein oder ohne speciellen Anhalt. Unwahrscheinlich ist jedenfalls, dass Ulpian ein Edict über a domino erworbene res Mancipi darin erläuterte, denn in den Fragmenten 565 § 1 und 566 (medio § 1 und i. f. § 1) spricht er offenbar von res nec Mancipi.

Ferner spricht gegen Lenels Bonitarieredict, ergänzt durch eine Formel für Kauf bona fide, in dem Sinne von Kauf a non domino auch das 'non solum emptori bonae fidei' in Ulpian's Commentar zu jenem angeblichen Bonitarieredict D. (6, 2) 3

§ 1. Die durch nichts unterstützte Behauptung in den Beiträgen (S. 39), jenes *bonae fidei* sei eine Interpolation, wiederholt Lenel in der Palingenesie nicht mehr.

Schluss: es spricht mancherlei gegen und gar nichts für das angebliche '*a domino*'.

Nun das '*id quod traditur*'.

Hier ist Lenel darin durchaus beizutreten, dass das *traditur* als Bezeichnung der Uebergabethatsache der Grammatik und dem Edictsstil durchaus zuwider ist, also sicher nicht echt.

Das ist in Kürze zu begründen, da Appletons drei italienische Kritiker Buonamici, Brezzo und Carusi einstimmig die Echtheit des *traditur* behaupten und zwar Carusi auch mit scheinbaren Gründen¹⁾.

Carusi giebt für das *traditur* eine '*spiegazione grammaticale molto semplice*'.

Das Präsens, zumal das unpersönliche, passive habe oft eine unbestimmte Bedeutung, in der es jede Zeit bezeichnen könne, ohne doch irgend eine zu präcisiren. Im Verhältniss zu dem Futurum petet sei das Präsens *traditur* Vergangenheit. Durchaus unserm Edict entsprechende Constructionen seien in den XII Tafeln häufig.

Aber hier wird übersehen, dass die Tempora für zwei sich folgende künftige Thatsachen davon abhängen, ob jene zwei Thatsachen sich unmittelbar folgen oder begrifflich durch einen Zeitraum getrennt sind. Folgen sie sich unmittelbar, so ist beim Eintritt der zweiten Thatsache die erste noch gegenwärtig. Da ist für sie ein Tempus der Gegenwart am Platz, das Präsens oder pedantischer das Futurum I.

Liegt dagegen zwischen beiden Thatsachen ein Zeitraum, so ist beim Eintritt der zweiten die erste schon vergangen, und jedes gesunde Sprachgefühl wird ein Tempus der Vergangenheit für sie fordern: das Perfectum oder das Futurum II.

Ein Beispiel aus den XII Tafeln. Warum heisst es: *uti legassit ita ius esto*, und wieder: *si intestatus moritur* . .

¹⁾ Carusi *Pazione Publiciana* p. 29—30. — Buonamici (*Archivio* XLIII p. 234) giebt gar keine Begründung und Brezzo (*Archivio* XLIII p. 273) eine handgreiflich falsche: für '*si quis id quod traditur petet*' soll eine *relazione de tempi perfettamente identica* sein G. 2, 43: *earum rerum usucapio . . competit quae . . tradita fuerint*.

agnatus . . familiam habeto? Warum nicht *uti legat* und *si mortuus erit*? Die Antwort liegt auf der Hand: weil das Vermögenhabensollen des Agnaten auf das intestate Versterben unmittelbar folgt, während zwischen Anfertigung und Rechtskraft des Testaments begrifflich ein Zeitraum liegt: das Lebensende und der Tod.

Genau so liegt in unserem Edict zwischen dem *tradi* und dem *petere* der Usucapionsbesitz des Klägers (*nondum usucaptum*) und der Besitzverlust. Also hätte auch ein Decemvir nicht anders geschrieben als: *si . . quod traditum erit (est) petet*. Traditur wäre richtig nur bei zwei Schlag auf Schlag sich folgenden Handlungen, z. B. *si quis id quod traditur (tradetur) accipiet*¹⁾.

¹⁾ Eine Durchsicht der Reste von XII Tafeln und Edict bei Bruns (Ed. V) wird das Obige bestätigen und zugleich die Grundlosigkeit von Carusis Behauptung ergeben: '*nei testi delle XII tavole è noto come si usi . . . il presente in luogo del passato*'. Die XII Tafeln gebrauchen das Präsens da, wo die späteren meist das Futurum I setzen: I, 1: *si in ius vocat* (Edict D (2, 8) 2 § 2: *si in ius vocabit*); VII, 8^a: *si aqua pluvia nocet* (Paulus D. (43, 8) 5: *si nocebit*). — Nämlich um die erste von mehreren unmittelbar sich folgenden künftigen Handlungen zu bezeichnen: I, 1: *si in ius vocat ito, ni it antestamino* etc. oder III, 4: *ni suo vivit qui eum . . habebit* etc. oder V, 4 *si . . moritur, cui . . escit* etc. etc. Dagegen wo begrifflich ein Zeitraum zwischen beiden Thatfachen liegt, wie nach naiver Anschauung zwischen Delict und Strafe, da steht die erste ausnahmslos in der Vergangenheit. Manchmal im Perfectum: II, 2: *status dies . . quid horum vitium fuit*, VIII, 3: *si os fregit*, VIII, 24: *si telum . . fugit magis quam iecit*, XII, 3: *si vindiciam falsam tulit*. Regelmässig dagegen, ganz wie im Edict, im Futurum II: II, 3: *cui defuerit*, III, 6: *si . . secuerunt*; IV, 2: *si . . venum duuit*, V, 3: *uti legassit*, VII, 7: *ni . . delapidassint*, VIII, 1: *qui incantassit*, VIII, 2: *si . . rupsit*, VIII, 4: *si . . faxsit*, VIII, 8^a: *qui . . excantassit*, VIII, 8^b: *neve . . pellexeris*; VIII, 12: *si . . faxsit . . si . . occisit*, VIII, 21: *si . . fecerit*, VIII, 22: *qui . . sierit . . fuerit*, X, 7: *arduitur*; XII, 2^a: *si . . faxsit . . noxit*, Festus v. v. *nancitor in XII tabulis nactus erit*. — Im Edict steht statt des Präsens der XII Tafeln meist das Futurum I. Ausnahmen: *si quis manumissus, manumissa moritur* (Probus Einsidl.); *qui . . iniuriarum agit certum dicat* D (47, 10) 7 pr.; *eos qui possident de possessione decedere iubebo* D. (42, 4) 5 § 2. Ebenso steht einige wenige Mal statt des Futurum II das Perfectum: *qui pecuniam debitam constituit* D. (13, 5) 1 § 1; *quod depositum sit* D. (16, 3) 1 pr.; *si quid in fraudem patroni factum sit* D. 38, 5. Dagegen ein Prä-

Es bleibt also dabei: das Edict 'si quis id quod traditur . . . nondum usucaptum petet' ist in seiner hin und her taumelnden Unordnung der Tempora schlechterdings beispiellos¹⁾. Schwer begreiflich, wie es in das Edict gekommen sein sollte, noch unbegreiflicher, dass es darin geblieben wäre. Denn nachweisbar ist das Edict in der Kaiserzeit auch rein stilistisch überarbeitet worden (u. S. 244). Wer das 'traditur' also für echt erklären will, weil es doch nun einmal dasteht, der mache das grosse Fragezeichen daneben, was gewagte Hypothese bedeutet.

Auf diese Unmöglichkeit des 'traditur' stützt nun Lenel seine bekannte Vermuthung, das si quis id quod traditur sei entstanden aus mechanischer Interpolation eines ursprünglichen: si quis id quod mancipatur traditum, in: si quis id quod traditur traditum, wo dann das traditum gestrichen worden sei.

Hier erscheint gut beglaubigt die compilerische Streichung eines einst vorhandenen traditum. Dafür beruft sich Lenel auf Ulp. D. (6, 2) 3 § 1: ait praetor: 'ex iusta causa petet'. qui igitur iustam causam traditionis habet, wonach Ulpian hier in der That ein 'traditum ex iusta causa petet' commentirt zu haben scheint.

Im übrigen ist Lenels Conjectur an sich durchaus möglich. Ebenso ist möglich das darauf errichtete Publicianaedict, so wie es Lenel jetzt in der Palingenesie annimmt. Darüber nachher bei dem 'qui bona fide emit'. Dort auch mancherlei Gründe gegen Lenel.

Hier nur ein Bedenken. Bei keinem uns erhaltenen Edict liegt der Verdacht einer annähernd ebeno gründlichen und

sens statt eines Futurum II (oder eines Perfectum) wird man im Edict gerade so vergeblich suchen wie in den XII Tafeln oder in den sonstigen Gesetzfragmenten bei Bruns.

¹⁾ Nur auf den ersten Blick erscheint verwandt Julian D. (21, 2) 39 § 1: si servus hominem emerit et duplam stipuletur deinde eum vendiderit et ab emptore evictus fuerit. Denn im Verhältniss zu emerit ist stipuletur richtig. Dagegen wäre in der That unlogisch und unserm traditur gleich die Folge: stipuletur vendiderit. Aber die liegt hier eben nicht vor, denn es steht 'deinde' dazwischen und das macht alles davor Stehende zum Vergangenen.

künstlichen Umarbeitung vor. Unpassende Edicte liessen die Compileren einfach fort. Warum sollten sie hier statt dessen so künstlich interpolirt haben?

Jedenfalls aber könnte Lenels Conjectur nur dann für einigermassen sicher gelten, wenn keine andere Erklärung des traditur sich böte. Eine solche bietet sich aber.

Wenig wahrscheinlich ist allerdings Huschkes Vermuthung (in der J. A. zu G. 4, 36), es liege eine nachjustinianische Verschreibung vor. Statt 'traditur ex iusta causa et' habe noch der Pandektentext gelautet 'traditum ex iusta causa est'¹⁾. Denn die hier vorausgesetzte doppelte Verschreibung ist unwahrscheinlich. Ferner klingt wenig edictal das nachhinkende est: id quod traditum ex iusta causa est. Endlich bliebe dabei unerklärt die wahrscheinliche Streichung des traditum D. (6, 2) 3 § 1.

Hier eine andere Möglichkeit.

Das Edict, in dem non a domino et interpolirt ist, lautete bei Ulpian ganz normal:

Si quis id quod traditum erit ex iusta causa nondum
usucaptum petet iudicium dabo.

In einem in Noten geschriebenen Manuscript stand tradit'èr und das verlas der Schreiber der dem Compiler vorliegenden Ulpianhandschrift in traditur. Dann kann man hinzuvermuthen, der Compiler habe D. (6, 2) 3 § 1 von dem Stichwort 'traditum ex iusta causa petet' das traditum deshalb gestrichen, weil er es in seinem Text 'traditur ex iusta causa' nicht sah.

Für sicher soll diese Vermuthung natürlich nicht gegeben werden, denn jede Vermuthung hat die Wahrscheinlichkeit gegen sich: 'fallax . . opinio divinatrix' (Studemund). Aber

¹⁾ Hiergegen beruft man sich allgemein auf das übereinstimmende Zeugniß 'der Handschriften'. Aber im Zweifel haben wir doch nur eine Handschrift, nämlich die Florentina. Wie treu die Vulgathandschriften den florentinischen Text wiedergeben und zugleich wieviel Fehler dieser Text enthält, das zeigt ein Blick auf den Rand von Mommsens Pandekten zu D. 10, 1; 2 und 3, wo die unabhängigen Texte G. und N. eine Controlle der Florentina und der Vulgathandschriften gestatten. So könnte denn auch für unser Edict die Florentina verrieben und die Vulgathandschriften von ihr abgeschrieben sein.

sie ist durchaus möglich, und so zerstört sie Lenels bestes Argument für sein 'id quod mancipatur', die Frage nämlich: 'wie sollte das absurde traditur sonst entstanden sein'? —

Endlich das eigentliche Räthsel der Publicianarestitution: Ulp. Ed. 17 D. (6, 2) 7 § 11: Praetor ait: 'qui bona fide emit' ¹⁾).

Was ergibt zunächst rein äusserlich die Wortform über die Herkunft dieser Worte?

Bisher wurden sie meist einem Edictssatze zugeschrieben. Einem bona fide Kaufedict ²⁾ oder (von Schirmer) einem edictalen Uebergangssatz zwischen Edict und Formel ³⁾.

Dagegen aber jetzt Lenel in der Palingenesie (II, p. 512 n. 6): non possunt haec esse edicti verba: in edicto enim praetor aut 'emerit' dixisset aut 'emisse dicetur'.

Das ist in der That sehr berücksichtigenswerth. Jede Auffassung der Worte als edictal hat einen Wahrscheinlichkeitsgrund gegen sich. Mehr aber auch nicht. Lenels non possunt haec esse edicti verba ist zu absolut.

Zunächst besitzen wir Edicte mit dem Perfectum statt des normalen Futurum II ⁴⁾. Eine solche Ausnahme könnte auch unser emit sein ⁵⁾.

¹⁾ Sehr gewaltsam ist Pernices Verfahren gegenüber dem q. b. f. e.; er ist 'geneigt, die bedenklichen Worte als missverständliche Kürzung (?) Ulpian's oder der Compileren' wegzuwerfen (Labeo II S. 161). —

²⁾ So z. B. Lenel in den Beiträgen und im Edictum; Wlassak, Edict und Klageform S. 78 A. 14; Schulin, Röm. Rechtsgesch. § 71. —

³⁾ Schirmer, Krit. Vierteljahrsschr. XVIII S. 349. —

⁴⁾ D. (13, 5) 1 § 1: qui pecuniam debitam constituit (Paling. II, p. 577 n. 1).

D. (16, 3) 1 pr.: quod depositum sit (Paling. Ulp. 886).

D. 27, 5: de eo qui pro tutore negotia gessit (Paling. II, p. 1251 Nr. 126).

D. 38, 5: si quid in fraudem patroni factum sit (Paling. II, p. 1251 Nr. 151).

D. 42, 8: quae in fraudem creditorum facta sunt (Paling. II, p. 1254 Nr. 268).

Und ganz entsprechend steht auch das Präsens statt des normalen Futurum I:

Probus Einsidl.: si quis manumissus . . moritur.

D. 14, 5: cum eo qui in aliena potestate est (Paling. II, p. 1250 Nr. 104).

D. (42, 1) 5 pr.: cuius de ea re iurisdictio est (Paling. Ulp. 1377).

Sonst bliebe behufs Unterbringung von *qui bona fide emit* in einem Edictssatz noch die Möglichkeit einer Veränderung aus *emerit* durch den seiner Gewohnheit nach aus dem Kopf citirenden Ulpian ¹⁾ oder durch einen Schreiber vor oder bei der Compilation, oder auch nach ihr (o. S. 232 A. 1).

D. (42, 4) 5 § 2: *eos qui possident . . iubebo* (Paling. Ulp. 1388).

D. (47, 10) 7 pr.: *qui agit iniuriarum certum dicat* (Paling. Ulp. 1339).

(Lenel) *de iniuriis quae servis fiunt* (Paling. II, p. 1253 Nr. 194).

Natürlich könnten diese Citate von Ulpian oder von einem Abschreiber verdorben sein. Aber ganz dasselbe gilt eben auch von unserem '*qui emit*'. — ⁵⁾ Auch neben dem oben als wahrscheinlich hingestellten: *si quis id quod traditum erit?* — Wenn dies unmöglich wäre, so würde daraus die Unrichtigkeit einer der beiden Annahmen folgen. Aber ist '*emit*' neben '*traditum erit*' in einem und demselben Edict wirklich undenkbar? Kaum. Denn das häufige Nebeneinanderstehen der directen Form und der mit *si dicetur* im selben Edicte ist doch kaum weniger incorrect.

¹⁾ Nachstehende falsche Edictscitate führt Ulpian durchweg mit einem '*ait praetor*', '*verba praetoris*', '*haec verba*' wie echte ein. Wären wir nicht ganz zufällig in der Lage, sie mit dem Edict zu vergleichen, wir müssten und würden sie für wortgetreu halten:

1. D. (47, 10) 17 § 10 und § 18 (Lenel 1362—1365: *ipsi qui iniuriam accepisse dicetur* [*quod ait: qui iniuriam accepit*] — die volle Analogie unseres *emit*!)
2. D. (43, 5) 1 pr. und § 10 (Lenel 1474—1475): *qua tabulas reliquisse dicetur* [*reliquerit*].
3. Von dem Retorsionsedict D. (2, 2) 1 § 1 citirt Ulpian D. (2, 2) 1 § 2 und fr. 3 § 5 den Satz *qui magistratum potestatemve habebit si quid in aliquem novi iuris statuerit so: quod statuerit qui iurisdictioni praeest*. Den Folgesatz giebt er einmal so an: *ipse . . eodem iure uti debet*, dann: *ut is eodem iure utatur*. — Vgl. dazu Lenel, Edictum S. 47; Paling. Ulp. 217—219.
4. D. (2, 4) 4 § 1 und 10 § 11 (Lenel 259. 263): *in ius sine [nisi] permissu meo ne quis vocet*.
5. D. (4, 3) 1 § 1 und 7 pr. (Lenel 383—385: *si alia actio non erit* [*sit*].
6. D. (43, 6) 1 pr. § 2 (Lenel 1482—1484): *in loco sacro facere . . . quid veto* [*ne quid in l. s. fiat*].
7. D. (43, 17) 1 pr. § 5 (Lenel 1536): *uti . . . nec vi, nec c. nec pr. alter ab altero possidetis* [*perpetuo hoc interdicto insunt haec: quod n. v. n. c. n. pr. ab illo possides*].
8. Von dem Cognitorenedict D. (3, 2) 1, Lenel 277, citirt Ulpian

Wenn emit weniger gut in ein Edict passt als in eine Formel, so steht es gerade umgekehrt mit dem qui (bona fide emit). Das passt ins Edict, dagegen nur schlecht in eine Formel¹⁾.

Aber hier bietet sich ausser den für emit dargelegten Möglichkeiten unabsichtlicher Entstellung, besonders durch ulpianisches aus dem Kopf Citiren, noch die eines Tribonianismus. Denn etwaige Spuren der Formelprovenienz mussten verwischt werden²⁾. Da könnten denn die Compileratoren sehr wohl ein quem A^{us} A^{us} . . emit (vgl. G. 4, 36) in qui . . emit verwandelt haben. —

Der Wortform nach passt q. b. f. e. also besser in eine Formel als ins Edict. Aber nur etwas besser; die Edicts-zugehörigkeit ist auch durchaus möglich. Da müssen denn sachliche Gesichtspunkte entscheiden.

Zunächst der Wortsinn von 'qui bona fide emit'. In zwei Punkten steht dieser Satz wirklich oder scheinbar im Widerspruch mit dem allgemein auf traditio ex iusta causa abstellenden Edict (D. (6, 2) 1 pr. und G. 4, 36. Er spricht nur von qui . . emit und nur von qui bona fide emit. Den ersten Widerspruch sucht Appleton neuestens³⁾ durch die Annahme zu beseitigen, 'emit' stehe hier in seinem ursprünglichen Sinn für accipere. Aber das ist unmöglich.

Einmal war schon für Verrius Flaccus diese Bedeutung

ungenau fr. 2 § 2 und 6 § 5 (Lenel 278. 283) statt dimissus missus, statt damnatus condemnatus. Bedenklicher ist die Aeusserung fr. 2 § 5: ait praetor 'qui in scaenam prodierit infamis est'. Lenels Versicherung zu Ulp. 279: infamis est Trib. aut gloss. möchte ich nicht unterschreiben, denn so sicher er das infamia notatur D. (3, 2) 1 pr. als Interpolation nachgewiesen hat, ebenso sicher sind ähnliche Wendungen häufig echt und ulpianisch: D. (3, 2) 4 § 5, 6 §§ 1. 6. 7 und sonst passim daselbst.

Schluss: auf die Wortform von Ulpian's Edictscitaten ist sehr wenig Verlass, zumal bei den im Commentar als Schlagworte angeführten.

¹⁾ Carusi p. 66 conjicirt recht hübsch: Si A^{us} A^{us}, qui bona fide emit, hominem sibi traditum anno possedisset, tum si eum hominem q. d. a. eius ex iure Quiritium esse oporteret. — ²⁾ Vgl. D. (9, 1) 1 § 11: eum qui für N^m N^m A^o A^o (Lenel, Edictum S. 155). — ³⁾ In dem schon erwähnten schriftlichen Nachtrag o. S. 214 A. 2.

des emere längst veraltet, vgl. Festus-Paulus unter abemito, emere, redemptores. So bezieht denn auch Gaius D. (6, 2) 8 und Ulpian D. (6, 2) 7 § 11 ssq. das fragliche qui b. f. emit nur auf den Kauf. Also hätte auch Julian es so auffassen und für 'empfangen' ein anderes Wort in das Edict setzen müssen.

Sodann: wenn emit hier accepit bedeutet hätte, dann natürlich auch in der Formel bei Gaius 4, 36: emit et is ei traditus est. Dieselbe hätte dann zweimal die Sachübergabe erwähnt, dagegen die causa traditionis gar nicht!

Der Gegensatz: Kauf — jede iusta causa hesteht also wirklich.

Dagegen ist gewiss nur scheinbar der fast ausnahmslos angenommene Gegensatz zwischen dem bona fide emere und der gleichmässig für Bonitarier und sog. bona fide Erwerber (a non domino) geltenden Publiciana. Dieser Gegensatz verschwindet, sobald man mit Brinz¹⁾ die bona fides objectiv nimmt, so dass sie auch den bonitarischen Erwerb umfasst.

So scheint noch Ulpian das Wort zu verstehen D. (6, 2) 7 § 11:

Praetor ait 'qui bona fide emit'. Non igitur omnis emptio proderit, sed ea quae bonam fidem habet: proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse quamvis non a domino emerim licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit.

Also: sufficit me b. f. emptorem fuisse quamvis non a domino emerim. Da scheint Ulpian einen zweiten b. f. emptor vor Augen zu haben, der a domino erwarb.

Dieser Schluss wäre nun an sich bei Ulpians überrascher Schreibweise wenig sicher²⁾. Aber er erhält die erwünschte

¹⁾ Brinz zum Recht der b. f. possessio SS. 83. 86. 89. ff., 99 f. — Mit ihm einverstanden: Hartmann, Kr. Vjschr. XVIII S. 164; Bechmann, Kauf I S. 388. — ²⁾ Einen schlagenden Beweis dafür bietet der Schlusssatz unserer Stelle, wonach dolus des Verkäufers die Publiciana nicht ausschliesst. Hätte er dabei bewusst nur an Grundstücke gedacht, so würde er es gesagt haben, zumal angesichts der auf den homo abgestellten Musterformel, die er gerade erläuterte. Er wird also wohl in seinem Streben nach allseitiger Illustration des qui bona fide emit auch den Satz: 'licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi

Bestätigung durch andere Umstände, insbesondere durch die von Brinz herangezogene Parallelstelle D. (48, 5) 28 (27) § 1 gleichfalls von Ulpian:

lex eum nominavit 'ad quem ea res pertinebit'. igitur bonae fidei emptorem quamvis ab eo emerit qui dominus non est, recte dicemus eum esse, ad quem ea res pertinet.

Die volle Bestätigung dieser beiden Stellen giebt D. (41, 4) 8 von Julian (Brinz S. 99):

Si quis cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum servos ab eo emisset, plerique responderunt eum nihilo minus bona fide emptorem esse, idque verius est: quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit? nisi forte et is qui a luxurioso et protinus scorto daturō pecuniam servos emit non usucapiet.

Die ganze Stelle, zumal das zweimal wiederholte servos emit zeigt, dass die Bonitarierusucapion in Frage steht. Von dieser sprechend behandelt also Julian, im Einklange mit den von ihm besprochenen älteren Juristen, als durchaus gleichbedeutend 'mala fide emptorem esse' und 'non usucapere' und 'bona fide emptorem esse' und 'usucapere'.

Dass der Bonitarier zur Usucapion bona fides brauche, darüber waren alle einig. Die Controverse drehte sich nur um den Inhalt dieser nöthigen bona fides. Nach den plerique, deren Ansicht Julian zum Siege brachte, lag diese bona fides schon objectiv in der Thatsache des Erwerbs vom Eigenthümer: quomodo enim mala fide emisse videtur qui a domino emit?

Die Gegenansicht hatte auch für den Bonitarier eine specielle, rein moralische Redlichkeit gefordert.

Uns genügt, dass zu Julians und noch zu Ulpians Zeit der Ausdruck bona fide emptor keineswegs auf den Käufer a non domino beschränkt war, vielmehr, wenigstens im weiteren Sinne, auch den Bonitarier umfasste. Denn daraus er-

nocebit' rasch hingeworfen haben (schreibend oder wahrscheinlicher dictirend), ohne an den Elementarsatz zu denken, dass die dolo malo vom Nichteigenthümer verkaufte Sache furtiv wird und damit der Publiciana entzogen: J. (2, 6) 3; D. (6, 2) 9 § 5.

giebt sich a fortiori diese weitere Bedeutung für unser qui bona fide emit D. (6, 2) 7 § 11.

A fortiori, weil die fraglichen Worte (ob edictal oder formular) präsumtiv ein uranfänglicher Bestandtheil des Publicianaedictes sind. Denn da die Urpubliciana ganz gewiss auf Kauf ging¹⁾, so hat jeder auf Kauf gestellte Bestandtheil des Publicianaedicts, Formel wie Edict, die Vermuthung der Ursprünglichkeit für sich.

Damit aber auch die Vermuthung eines gewissen Alters. Zwar können wir von unserem Prätor Publicius nur soviel behaupten, dass es keiner der drei uns zufällig bekannten ist. Aber man darf ihn vermuthungsweise in das 2. Jahrhundert v. Chr. setzen²⁾. Damals also wird das qui bona fide emit geschrieben worden sein. Der Bonitarier sollte eben erst Klagschutz erhalten, er war noch nichts als ein durch exceptio rei venditae et traditae geschützter Usucapionsaspirant, ein vertrauensseliger Mann, der, statt durch die Rechtsform sich zu sichern, in Treu und Glauben formlos gekauft hatte. Er war ein bona fide emptor. Und da noch Julian und Ulpian ihn so nannten, so kann nicht nur, so muss Publicius 300 Jahre vorher ihn so genannt haben³⁾.

Da ist denn wohl in dieser von Brinz betonten Doppelbedeutung des bona fide emere der bestgesicherte Punkt für die ganze Publicianarestitution zu sehen. Ist er das aber

¹⁾ Positive Anhaltspunkte für diesen Glaubenssatz fehlen allerdings. Die auf Kauf abgestellte Formel bei G. 4, 36 (und D. (6, 2) 7 § 11?) beweist nicht gegen ein von Anfang an allgemeines Edict. Waren doch auch z. B. für die allgemeinen Injurienedictes die Formeln speciell, vgl. Lenel, Edictum §§ 190. 193; Wlassak, Edict und Klageform S. 78–79. Aber die allgemeine Entwicklung des römischen und zumal prätorischen Rechts von dem praktisch wichtigsten Einzelfall zur theoretischen Verallgemeinerung spricht entscheidend für eine auf Kauf abgestellte Urpubliciana. Ebenso spricht dafür die exceptio rei venditae et traditae, die vor allem für den Bonitarier berechnet und doch auf Kauf formulirt war. — ²⁾ Vgl. z. B. Pernice, Labeo II S. 158 A. 19. — ³⁾ Brinz a. a. O. S. 83: 'Vielleicht war auch das eine b. f., dass man im Vertrauen . . . von der Mancipation . . . Umgang nahm'. — Bechmann, Kauf I S. 388: 'dass auch in das bonitarische Verhältniss ein Moment der b. f., freilich in einem weiteren Sinne als den das klassische Recht mit dem Worte bei der Ersitzung verbindet, hereinwirkt'. —

wirklich, so sind die bisherigen Restitutionsversuche verfehlt. Denn sämtlich ¹⁾ gehen sie aus von der justinianischen Bedeutung des *bona fide emere* = *a non domino emere*. Hier eine gedrängte Uebersicht über die hauptsächlichsten neueren Vermuthungen, unter Beiseitelassung von Brezzos die Bonitrierpubliciana ganz verwerfender Restitution (o. S. 226). Kürze halber wird mit diesen Autoren der Erwerb *a non domino* als *bona fide* Erwerb bezeichnet.

Das *ex omni iusta causa* Klage verheissende Edict bei Ulpian D. (6, 2) 1 pr. und bei G. 4, 36 ist mit dem *qui bona fide emit* D. (6, 2) 7 § 11 folgendermassen combinirt worden:

1. ein allgemeines Bonitarieredict mit Formel und ein *bona fide* Kaufedict mit Formel.

So Lenel in den Beiträgen und im Edictum. Anscheinend damit einverstanden: Wlassak und Schulin²⁾.

Dies System ist zu verwerfen.

Allerdings ist Lenels eigener Gegengrund in der Palin-genesie: *qui bona fide emit* weise auf eine Formel hin, im Edict hätte es *emerit* oder *emisse dicetur* heissen müssen, oben (S. 233 ff.) als nicht entscheidend befunden worden.

Dagegen schlagen durch Appletons Gründe gegen eine noch bei Julian auf Kauf beschränkte *bona fide* Publiciana. Vor allem Appletons (Nr. 27) Berufung auf Ulp. (Lenel 574) D. (6, 2) 11 § 3: *Interdum tamen licet furtiva mater distracta non sit sed donata ignorantibus mihi et apud me conceperit et pepererit competit mihi in partu Publiciana, ut Iulianus ait, si modo eo tempore quo experiar furtivam matrem ignorem*.

Hier gewährt also Julian dem *bona fide* Beschenkten die Publiciana. Und zwar ohne weiteres, denn die Verwunderungsausdrücke: *interdum, licet, si modo*, gehen — soweit sie echt sind — offenbar nicht auf den Fall der Schenkung als solchen, sondern auf die hier vorliegenden Complicationen: Schenkung

¹⁾ Bis auf Brinz a. a. O. S. 101, dessen Restitution aber in der Form unhaltbar ist: *si quis id quod traditum est ex iusta causa, puta ei qui bona fide emit, nondum usucaptum petet, iudicium dabo*. —

²⁾ Wlassak, Edict und Klageform S. 78 A. 14. Schulin, Römische Rechtsgeschichte § 71.

einer gestohlenen Sache und Publiciana wegen ihrer Erzeugnisse.

Und zwar schrieb Julian diese Erörterung nicht, wie Appleton sagt, wenige Jahre später als die Edictsredaction, sondern aller Wahrscheinlichkeit nach schon einige Jahre früher. Denn sie wird aus demselben 7. Buch Julians sein, was Ulpian D. (6, 2) 7 § 17 citirt. Dies aber schrieb Julian gewiss einige Jahre vor der Edictsredaction (131 n. Chr.: Hieronymus), da Buch 6 auf Grund von D. (5, 3) 20 § 6 vor 129 gesetzt werden muss¹⁾.

Also bestand schon vor der Edictsredaction die von G. 4, 36 — und beiläufig schon vor ihm von African D. (9, 4) 28 — bezeugte Praxis, wonach jeder bona fide Erwerber die Publiciana erhielt. Da erscheint unannehmbar, dass Julian bei seiner Edictsredaction die Beschränkung der b. f. Publiciana auf Kauf beibehalten hätte²⁾.

Weitere schwere Bedenken gegen Lenels frühere Annahme zweier Publicianaedicta entspringen den beiden Voraussetzungen dieser Annahme. Einmal ist überaus gewagt die Conjectur, auf der sein Bonitarieredict beruht: 'si quis id quod traditur . . non a domino' sei tribonianisch für: si quis id quod mancipatur traditum . . . a domino (s. o. S. 228 ff.), sodann ist, wie eben gezeigt, kaum annehmbar die Voraussetzung, auf der die Annahme des zweiten Edictes beruht, dass nämlich qui bona fide emit den Erwerber a non domino bedeute und den Bonitarier ausschliesse.

Diese beiden letzten Bedenken sprechen nun ganz ebenso auch gegen Lenels neue Hypothese, welche mit D. (6, 2) 11 § 3 im Frieden ist, nämlich:

2. ein Bonitarierdict mit Bonitarierformel (die bei G. 4, 36?) und dazu eine bona fide Kaufformel³⁾.

¹⁾ Fitting, Juristenschriften S. 5—7. — ²⁾ Allerdings hätte er bei Verallgemeinerung der b. f. Publiciana die zwei Edicta durch eins ersetzen müssen, und das war für römische Begriffe nichts Kleines. Auch hat Julian keineswegs jede von ihm gebilligte Praxis ins Edict aufgenommen, z. B. D. (39, 2) 7 § 2 und 9 pr. Aber trotz alledem, dieser Widerspruch zwischen prätorischer Satzung und prätorischer Uebung wäre zu stark gewesen, als dass ihn Julian vernünftiger Weise hätte bestehen lassen können. — ³⁾ Lenel, Palingenesie II p. 511 n. 1; p. 512 n. 3 ss.; p. 1264 corrigenda zu p. 512 (s. o. S. 226 A. 1).

Die angegebenen beiden Bedenken reichen zur Verwerfung dieses neuen Systems hin. Aber auch sonst spricht mehreres dagegen. Insbesondere ¹⁾, dass danach für die wichtige Publiciana für Erwerb a non domino noch bei Julian kein Edict gestanden hätte, sondern nur eine Formel. Lenel, Palingenesie II, p. 512 n. 3 suchte diesen Einwand durch die Vermuthung zu pariren, die b. f. Formel sei älter gewesen als das Bonitariedict. Aber in den Corrigenden II, p. 1264 nimmt er diese Vermuthung zurück. In der That ist ja auch die umgekehrte Entwicklung der Publiciana wahrscheinlicher: den formlosen Erwerb wollte Publicius schützen und erst folgeweise schützte er den Erwerb a non domino.

3. ein allgemeines Bonitariedict nebst ebenso allgemeinem bona fide Edict und zu beidem die Formel bei G. 4, 36.

So neuestens ²⁾ Appleton. Aber diese Annahme beruht auf der unmöglichen Uebersetzung von 'emit' durch 'empfang' (o. S. 235) und ist daher schon desswegen zu verwerfen.

4. ein einziges Edict für bonitarischen und bona fide Erwerb ex omni iusta causa, nämlich das Edict D. (6, 2)

1 pr. ohne non a domino. Dazu zwei Formeln, nämlich die bei G. 4, 36 für den Bonitarier und eine zweite mit qui bona fide emit (o. S. 235 A. 1) für den Erwerber a non domino. So Carusi S. 65 f., aber sein Ausgangspunkt Erwerb bona fide = Erwerb a non domino erscheint verfehlt.

5. ein einziges Edict für bonitarischen und bona fide Erwerb ex omni iusta causa. Dazu als einzige die Formel bei G. 4, 36. Beides verbunden durch einen Ueber-

¹⁾ Eine auffallende Folge von Lenels System ist auch, dass danach noch bei Julian die Publiciana edictal auf res Mancipi beschränkt gewesen wäre. Denn neben dem auf id quod Mancipatur ausdrücklich abgestellten Edict hätte für den Erwerb a non domino eine Formel gestanden, die nach G. 4, 36 und nach Edictssitte ebenfalls eine res Mancipi zum beispieleweisen Gegenstand gehabt hätte. Praktisch wäre natürlich die b. f. Publiciana a fortiori auch für res nec Mancipi gewährt worden. Aber dass Julian diese Verallgemeinerung nicht auch edictal zum Ausdruck gebracht hätte, das passt wenig zu dem theoretischen Verallgemeinerungsdrang der Kaiserjuristen. — ²⁾ In dem S. 214 A. 2 erwähnten schriftlichen Nachtrag.

gangssatz, wie: *ei qui bona fide emit formulam huiusmodi dabo*.

So Schirmer und nach ihm Appleton in seinem Buch ¹⁾. Hier erscheint nur die Auffassung von *bona fide* = *a non domino* verwerflich. Die Idee selbst ist, wie sofort zu zeigen, durchaus nicht unannehmbar.

Zum Schluss ein eigener Restitutionsversuch.

Die eben besichtigte Kartenhäuser-Trümmerstätte ist nicht ermuthigend für solche Neubauversuche. Sie bestätigt zu sehr Studemunds: '*fallax opinio divinatrix*'.

So wird denn von vornherein auf ein irgendwie sicheres Ergebniss verzichtet und weiter nichts beabsichtigt als klarzustellen, was hinsichtlich des julianischen *Publicianaedicts* als möglich, wahrscheinlich oder sehr wahrscheinlich anzunehmen ist.

Sehr wahrscheinlich und daher der Ausgangspunkt aller weiteren Vermuthungen ist, dass *qui bona fide emit* auf *Publicius* zurückgeht, und dass für *Publicius* '*bona fide emptor*' jeder *usucapionsbedürftige* und *usucapionsfähige* Käufer war.

Der Satz '*qui bona fide emit*' gehört also zu einer *Doppelpubliciana*, die den *Bonitarier* und den Käufer *non a domino* gleichmässig schützte.

Zu einer solchen *Doppelpubliciana* passt nun durchaus auch unser zweites Zeugniss: der *Edictsbericht* und die Formel bei G. 4, 36.

Ebenso passt dazu das *Edict D. (6, 2) 1 pr.*

Denn so unhaltbar Brezzos Behauptung ist, das '*non a*

¹⁾ Schirmer, *Krit. Vierteljahrsschrift* XVIII S. 349 ff. Er nimmt als *Edict D. (6, 2) 1 pr.* an mit Fortlassung von *non a domino*. Appleton Nr. 44, durch Lenel von der Unmöglichkeit des '*id quod traditur ex iusta causa*' überzeugt, und gegen Lenel von der Unmöglichkeit zweier *Edicte*, hatte folgendes *Edict* conjiert, was er seitdem selbst aufgegeben hat:

Si quis id quod traditur vel mancipatur traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Noch unmöglicher erscheint Bonfantès Conjectur (*Riv. p. l. scienc. giur.* 1890 p. 97), die er selbst '*non troppo felice*' nennt: *Si quis id quod mancipatur ex iusta causa traditum sibi, sive is qui bona fide emit id quod vel mancipatur vel traditur ex ea causa traditum sibi et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.*

domino' sei echt und beweiße den Ausschluss des Bonitarius, ebenso unhaltbar ist Lenels Versuch, aus dem 'non a domino' (Trib. für 'a domino') und dem 'id quod traditur' (Trib. für 'id quod mancipatur traditum') ein Bonitarieredict zu erschliessen. 'Non a domino' kann ganz und gar interpolirt sein und 'traditur' kann z. B. in der oben dargelegten Weise aus 'traditum erit' (tradit' èr) entstanden sein. Es zwingt, ja sogar es berechtigt uns also schlechterdings nichts, das Edict D (6, 2) 1 pr. auf den bonitarischen Erwerb a domino zu beschränken¹⁾.

So kann denn die sachlich allein interessante Frage der Edictsrestitution, die Frage nämlich, ob eine oder zwei Publicianen, als gelöst angesehen werden und zwar als gelöst im Sinne der Einheit²⁾. Die Quellen und die allgemeinen Erwägungen (eine Usucapion, also eine Publiciana!) sprechen in vielem dafür und in nichts dagegen³⁾.

Was bleibt, ist eine blosse Wortfrage: wie lässt sich das 'qui bona fide emit' am besten mit dem Edict D. (6, 2) 1 pr. in Verbindung denken unter Berücksichtigung des Edictsberichts und zumal der Formel bei G. 4, 36.

Da das Edict nach D. (6, 2) 1 pr. und G. 4, 36 auf Erwerb 'ex omni iusta causa' ging, so muss die Beschränkung unseres 'qui bona fide emit' auf Kauf mit der gleichen Beschränkung der edictalen Musterformel zusammenhängen. Und zwar bieten sich zwei Möglichkeiten, von denen wir vielleicht die eine als die wahrscheinlichere bezeichnen können, dagegen keine als schlechtweg unwahrscheinlich.

Nämlich 'qui bona fide emit' gehört entweder der Formel selbst an und ist bei G. 4, 36 irgendwie ausgefallen, oder es stammt aus einem Uebergangssatz von dem Edict D. (6, 2) 1 pr. — ohne non a domino — zu der Formel bei G. 4, 36.

Zuerst diese letztere, Schirmersche Idee.

¹⁾ Durchaus unanstössig ist in dem Edict (D. 6, 2) 1 pr. die abstracte Unbestimmtheit des Objects (id quod) und das Fehlen des Dativs bei traditum. Beides entspricht dem Edictsstil. — ²⁾ Auch Bonfante (Rivista p. l. sc. giur. 1890 p. 96) erblickt einen progresso felice Appletons gegenüber Lenel in der von ersterem vertretenen Einheit von Edict und Formel. — ³⁾ Ueber und gegen Lenels Behauptung, für den Bonitarier habe die b. f. Publiciana nicht genügt, später.

Sprachlich ist sie möglich, denn trotz Lenel kann 'qui bona fide emit' ein edictaler Satz sein (o. S. 233).

Sachlich hat man allgemein die Unerhörtheit solcher Uebergangssätze zwischen Edict und Formel geltend gemacht¹⁾.

Da uns kein einziges Edict mit Formel erhalten ist, wissen wir ja allerdings gar nichts von der Art ihrer Verbindung; aber 'ich weiss nicht, dass' und 'ich weiss, dass nicht' sind eben zweierlei. Im übrigen zeigt das Wenige, was wir von der formellen Einrichtung des Albums erfahren, dass von Einförmigkeit der Anordnung keine Rede war. Es genügt der Hinweis auf die wichtige Pfandklage, die als blosser Anhang der Serviana auftrat, die ihrerseits wieder ein Anhang war des auf der Anhangstafel der Interdicte figurirenden Salvianum.

Insbesondere aber scheinen die Einleitungen und Uebergänge in den älteren Edicten sehr bunt gewesen zu sein, und gerade hier die Kaiserprätoren, zumal Julian, im Sinne ihrer alexandrinischen Zeit auf Glätte und schematische Correctheit hingearbeitet zu haben.

Die drei uns erhaltenen älteren Edicte zeigen nämlich sämtlich eine lebendigere, naivere Fassung als die julianischen in den Pandekten. So das 'Uti possidetis' bei Festus mit seiner energisch unverbundenen Nebeneinanderstellung der Entscheidung und des Gewaltverbots. So vor allem die beiden Edicte bei Gellius.

Das Aedilenedict bei Gellius 4, 2:

Titulus (servorum) singulorum utei scriptus sit curato
ita utei intellegi recte possit quid morbi vitiive etc.

Diese anschauliche, aus dem Leben gegriffene Einleitung fehlt D. (21, 1) 1 pr.

Ferner Gellius 11, 17:

Qui flumina retanda publice redempta habent, si quis
eorum ad me eductus fuerit qui dicatur etc.

Eine naive, lebendige Einleitung, offenbar der Vorläufer des späteren, langweilig correcten: 'si dicetur'²⁾.

¹⁾ Lenel in einem Brief an Appleton (I, p. 88). Wlassak, Edict und Klageform S. 79, Carusi, l'az. Publ. p. 68, Ferrini und Bonfante (p. 97) in den o. S. 213 A. 1 angeführten Kritiken. — ²⁾ Und daher

Bei dem römischen Schematismus war dies Edict aber ganz sicher nicht das einzige mit 'si ad me eductus fuerit qui dicatur'. Die anderen müssen eben sämtlich von den Kaiserprätoren, zumal von Julian modernisirt worden sein.

Und so werden wir uns denn überhaupt das ältere Album gerade im Punkte der Einleitungen recht bunt und mannigfaltig zu denken haben.

Vorausgesetzt also (was keineswegs bewiesen ist), dass Uebergangsworte vom Edict zur Formel, wie 'iudicium huiusmodi dabo', nicht allenthalben üblich waren, so könnten sie doch bei einzelnen Edicten sich gefunden haben und so speciell beim publicianischen. Und hier könnte Julian den Uebergangssatz beibehalten haben.

Ein doppelter Anlass liesse sich für Schirmers Zwischenatz 'ei qui bona fide emit formulam huiusmodi dabo' denken. Einmal die starke Abweichung zwischen dem Edict D. (6, 2) 1 pr. mit jeder iusta causa und der Formel G. 4, 36 mit dem blossen Kauf.

Sodann und vor allem, dass wahrscheinlich dem allgemeinen Edict D. (6, 2) 1 pr. ein anderes speciell auf usucapionsfähigen Kauf (bona fide emptio) gehendes Edict vorherging, das Edict des Publicius (o. S. 238 A. 1). Von einem älteren Edict einen Rest festzuhalten in irgend welcher Form, z. B. als Formeleinleitung, das entsprach dem römischen Conservatismus.

Schirmers Uebergangssatz ist also durchaus möglich. Für ihn spricht, dass die Formel G. 4, 36 dabei unverändert bleiben kann, während sonst ein bona fide als darin ausgelassen angenommen werden muss.

Dahingegen spricht mehr für die Formelzugehörigkeit des bona fide emit Ulpians Commentar dazu D. (6, 2) 7 §§ 11 ff. Wendungen, wie: Publiciana 'bonam fidem solius emptoris continet' oder 'tempus emptionis continet' sind allerdings auch bei einer dem b. f. emptor nur versprochenen Klage denkbar, deren Formel die bona fides nicht enthielt. Aber besser passen sie entschieden zu einer in der Formel selbst auf bona fide emptio abgestellten Klage.

mit Unrecht mit diesem identificirt von Karlowa, Röm. Rechtsgesch. I S. 467 A. 4 bei seiner Polemik gegen Dernburgs Alterskriterien.

Also: der Uebergangssatz (in Schirmers oder irgend einer anderen Form) ist möglich. Aber wahrscheinlicher ist die Formelzugehörigkeit des *(qui) bona fide emit*¹⁾.

¹⁾ Als Edictsbestandtheil aufgefasst, würde *'qui b. f. emit'* ein *'ei qui b. f. emit . . dabo'* fordern. Was wäre da zu *dabo* hinzuzudenken? Schirmer und Appleton (Nr. 44) vermuthen: *ei formulam dabo*, Lenel (Beitr., Edict.): *ei iudicium dabo*. Ersteres ist wahrscheinlicher, denn *iudicium dare alicui* scheint dem correcten Edictsstil fremd zu sein. Bei dem Interesse, das sich seit Wlassaks folgenschwerer Entdeckung an *iudicium* = *formula* knüpft, sei es gestattet, diese Behauptung hier zu begründen, obwohl sie für die *Publicianarestitution* durchaus gleichgiltig ist. Die Edictsreste bei Bruns-Lenel zeigen *iudicium dare* 45 Mal, und nur 2 Mal wird daneben der Kläger (im Dativ) erwähnt, nämlich:

D. (47, 10) 17 § 10: *Si ei qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur, et neque is cuius in potestate est, praesens erit, neque procurator . . existat . . causa cognita ipsi qui iniuriam accepisse dicetur iudicium dabo.*

D. (21, 1) 1 § 1: *quodsi mancipium adversus ea venisset . . . emptori omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus ut id mancipium redhibeatur.*

Liegt in diesen beiden Stellen die correcte Edictssprache vor, d. h. die ältere, republicanische? Kaum, da beide etwa kaiserzeitlich zu sein scheinen. Die erste wegen des doppelten *'si dicetur'* und noch mehr, weil sie in der Klagbefugniß der Haussöhne eine kaiserzeitliche Lockerung der väterlichen Gewalt zeigt. In der zweiten Stelle aber wird der emptor als Empfänger der Klage offenbar nur deshalb erwähnt, um das Klagversprechen für seine Rechtsnachfolger daran knüpfen zu können. Es scheint nun aber, dass diese Erwähnung der Rechtsnachfolger erst allmählich in das Edict eindrang, da sie noch in Julians Redaction meistentheils fehlt. Es kann also in dem *'alicui' iudicium dare* beider Stellen ein freierer Sprachgebrauch der Kaiserzeit vorliegen. Und dass er wirklich vorliegt, dafür spricht zunächst, dass 43 Mal im Edict neben *iudicium dare* die Erwähnung des Klägers fehlt, nämlich:

D. (3, 5) 3 pr.; D. (3, 6) 1 pr., dazu Bruns-Lenel S. 192; D. (4, 3) 1 § 1; D. (4, 5) 2 § 1; D. (4, 9) 1 pr.; D. (6, 2) 1 pr.; D. (9, 3) 1 pr.; 5 § 6; D. (9, 4) 21 § 2; D. (11, 3) 1 pr.; D. (11, 5) 1 pr.; D. (11, 7) 12 § 2; D. (13, 6) 1 pr.; D. (14, 1) 1 § 19; D. (15, 2) 1 pr.; D. (16, 3) 1 § 1; D. (21, 1) 1 § 1; 38; 42; D. (27, 6) 7 pr.; D. (39, 2) 4 § 7; 7 pr.; D. (39, 4) 1 pr.; 12 § 1; D. (42, 5) 9 pr.; D. (43, 4) 1 pr.; D. (43, 16) 1 pr.; D. (47, 8) 2 pr.; 4 pr.; D. (47, 9) 1 pr.; D. (47, 10) 15 §§ 2. 34.

Sodann sprechen für eine absichtliche Vermeidung von *'alicui iudicium dare'* die folgenden Stellen, die den Kläger beim Klagversprechen ausdrücklich nennen, aber das *iudicium dare* stets anderweitig umschreiben:

Dafür der Commentar D. (6, 2) 11 § 7 ff. Dafür ferner die Form 'emit', die in ein Edict nur allenfalls, in eine Formel dagegen ohne weiteres passt.

D. (3, 3) 33 § 3: cuius nomine actionem dari sibi postulabit.

D. (25, 4) 1 § 10: quas actiones me daturum polliceor his
... eas .. ei non dabo.

D. (42, 8) 1 pr.: ei cui actionem dare oportebit ... actionem dabo.

D. (42, 8) 10 pr.: si eo nomine ... actio ei ex edicto meo competere esseve oportet.

D. (47, 12) 3 pr.: in eum in factum iudicium dabo ut ei ad quem pertineat ... condemnetur ... quicumque agere volet ei .. actionem dabo ... si plures agere volent ... ei agendi potestatem faciam ... si quis habitaverit ... in eum ... iudicium dabo.

Die letzte Stelle ist besonders charakteristisch. Die Klagverheissung erfolgt zweimal mit iudicium dabo, aber wenn der Kläger genannt werden soll, so geschieht es dreimal mit anderweiten Umschreibungen. Hiernach liegt in dem Fehlen des Klägers neben iudicium dare mehr vor, als das allgemeine prätorische Streben nach Kürze, was allerdings auch gerade in Weglassung von Dativen sich äusserte. Denn in diesen Stellen wird der Kläger ja 7 Mal genannt, aber es tritt für iudicium dare ein anderer Ausdruck ein. Dafür muss denn der Grund in dem Worte selbst liegen. Es muss also in iudicium = formula, wenigstens für den correcten prätorischen Sprachgebrauch, der Sinn des für beide gegebenen unparteiischen Gerichts zu sehr nachgewirkt haben, um es schlechtweg dem Kläger als persönliche Befugniss zuzuschreiben. Iudicium dare in aliquem sagte man allerdings, dagegen für iudicium dare alicui trat actionem (und natürlich auch formulam) dare alicui ein. Entsprechend scheinen auch noch die Pandektenjuristen iudicium für Klagbefugniss zu vermeiden, wenigstens fehlt es in den Büchern D. 2. 3. 4. Interessant ist, als anscheinend absichtliche Vermeidung, Paulus D. (3, 5) 46 (47) pr.: actio n. g. illi datur cuius interest hoc iudicio experiri. Von den Gesetzfragmenten steht mit dem behaupteten Sprachgebrauch nicht im Widerspruch lex Rubria c. 23: 'inter eos quei de familia erceiscunda deividunda iudicium sibi darei ... postulaverint', denn hier ist iudicium nicht = einseitige Klagbefugniss. Noch auch lex Urson. 125. 126. 128. 129. 130. 131. 132: eiusque pecuniae cui ... volet recipatorio iudicio apud duumvirum ... actio petitio persecutio esto. Dagegen scheint in der That iudicium = Klagbefugniss (nämlich iudicium iudicemve dare alicui) vorzukommen lex agraria l. 30. Das wird aber nur eine Annahme sein und behauptet werden dürfen, dass im correcten Sprachgebrauch iudicium nicht die Klagbefugniss bedeutete, insbesondere also für alicui iudicium dare regelmässig alicui actionem (oder formulam) dare eintrat. — Dies zur Er-

Gegen die Formelzugehörigkeit spricht das Fehlen des 'bona fide' in der Formel bei G. 4, 36. Wie weit geht die Genauigkeit des Gaius und zwar unseres, veronesischen Gaius in Wort- und Formelfragen? Mehrere Auslassungen zeigt unser § 36, insbesondere Auslassung des *ex iure Quiritium* in der Formel. Dieselbe Auslassung bekanntlich G. 4, 92. *Ex fide bona* fehlt G. 4, 60 und 131^a, wobei dahingestellt bleiben muss, ob durch Schuld des Schreibers oder des Gaius selbst. Dass Gaius manchmal absichtlich die Formeln kürzte, zeigt die Weglassung der *exceptio vitiosae possessionis* im *Uti possidetis* und *Utrubi*. Aber hier weist er selbst darauf hin (*summa conceptio . . haec est* G. 4, 160). Dagegen giebt er ohne Warnung G. 4, 59 die unmögliche demonstratio 'quod ego de te emi'.

Da könnte denn auch in unserer Formel ein *bona fide* vom Schreiber oder von Gaius selbst¹⁾ weggelassen worden sein.

Sachlich erscheint das *bona fide* für die gajanische Formel recht überflüssig, da schon die *Usucapionsfiction* den *mala fide* Käufer ausschloss. Aber *superflua non nocent*. Und gerade diese Ueberflüssigkeit konnte Gaius zur Weglassung veranlassen.

Und noch mehr ein anderes: die altmodische Doppelbedeutung, in der *Publicius* das Wort 'bona fide emptio' gebraucht und in der *Julian* es beibehalten hatte. Für Gaius und seine Institutionisten war *bona fide emptor* nur der *emptor a non domino* (G. 2, 43). Da lag es nahe, das *bona fide* wegzulassen, damit sie die *Publiciana* als auch für den *Bonitarier* gültig erkannten.

gänzung von Wlassak, *Processges.* I S. 77; *Litiscont.* S. 28, und zugleich zur Rechtfertigung der obigen Behauptung, dass, wenn unser q. b. f. e. edictal ist, ein 'ei formulam dabo' hinzuzuvermuthen wäre.

¹⁾ Aber ohne Warnung. Denn das 'veluti', womit er anscheinend die Formel einleitete, darf nicht, mit Carusi, l'az. *Publiciana* Note 61, als Hinweis auf die bloss auszugsweise Angabe der Formel aufgefasst werden. Denn dies 'veluti' geht mehr als vollkommen auf in der doppelt beispieleweisen Bedeutung der Formel bei G. 4, 36: Kauf statt *omnis iusta causa* und der *homo* mit Jahresersitzung gegenüber der auch für Grundstücke mit zweijähriger Ersitzung geltenden *Publiciana*.

Als wahrscheinlichste Restitution von Julians Publiciana-edict erscheint also:

Si quis id quod traditum erit ex iusta causa nondum usucaptum petet iudicium (huiusmodi) dabo:

Si quem hominem A^{us} A^{us} bona fide emit et is ei traditus est etc.

III.

Die Einheit der Publiciana.

Das im Vorigen geltend gemachte Hauptargument für die Einheit der Publiciana, nämlich der allgemeine den Bonitarier umfassende Sinn von 'qui bona fide emit' ist Appleton entgangen, da ihm Brinz' Buch unbekannt geblieben ist (o. S. 214 A. 3). Dagegen hat er für diese Einheit verschiedene gute Gründe beigebracht, die hier in Kürze dargelegt werden sollen, unter Vervollständigung und manchmal unter Berichtigung des Quellenbeweises.

Lenel hatte in den Beiträgen S. 49 ff. für seine Bonitariuspubliciana (si quem hominem a domino emit) geltend gemacht, sie habe dem Kläger einen ausgiebigeren Schutz gewährt, als die der exceptio dominii ausgesetzte bona fide Publiciana. Und ferner, sie habe ihm für den Sklavenerwerb die vortheilhaftere Behandlung als Bonitarier gesichert. Aber diese beiden Argumente widerlegt Appleton.

Hinsichtlich des Sklavenerwerbs macht er mit Recht geltend (Nr. 26), dass jeder Sieger in der Publiciana die volle Restitution ganz wie im Eigenthumsprocess erhält: in Publiciana actione omnia eadem erunt quae et in rei vindicatione diximus (Ulp. D. (6, 2) 7 § 8).

Ebenso zeigt er (Nr. 25), dass die bona fide Publiciana dem Bonitarier den ausgiebigsten Schutz gewährte, insbesondere gegen die exceptio dominii die replicatio rei venditae (donatae etc.) et traditae.

Vielleicht wird Lenel hiergegen geltend machen, die exceptio (und replicatio) rei venditae et traditae habe ursprünglich nur zwischen den Contractsparteien gegolten¹⁾. Indess

¹⁾ Lenel, Edictum S. 405, wo aus dem 'proderit' und 'nocebit' Hermogenians D. (21, 3) 3 geschlossen wird: 'der Uebergang der ex-

selbst wenn dies so gewesen sein sollte, hätte der Bonitarier den nöthigen Schutz gefunden in der ziemlich gut bezeugten Regel, dass der Prätor die *exceptio dominii* nur *causa cognita* erteilte¹⁾.

ceptio auf die Successoren wird aus dem Musterformular wohl nicht zu erkennen gewesen sein; er dürfte auf Jurisprudenz und Praxis zurückzuführen sein'.

¹⁾ Pap. D. (17, 1) 57: *cum exceptio dominii causa cognita detur*. Diese Stelle mit Savignys Auslegung, die später als allein möglich zu vertreten sein wird, ist allerdings das einzige Zeugniß für die *causae cognitio* bei der Eigenthumseinrede. — Was Appleton Nr. 211—213 sonst noch (nach Huschke) an Beweisen für diesen Satz beibringt, ist ohne überzeugende Kraft.

1) Gar nichts ist zu entnehmen aus der abgerissenen Bemerkung D. (6, 2) 16 Pap. X quaest. Paulus notat: *exceptio iusti dominii Publicianae obicienda est* (vgl. z. B. *condicendi sunt* D. (12, 1) 4 § 1).

2) Kaum besser ist der Schluss aus dem angeblich wechselnden Wortlaut der *exceptio dominii* auf ihre *causa cognita* Natur.

Causae cognitio soll gleichbedeutend sein mit Nichtproponirung im Edict wegen G. 4, 118: *exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas alias causa cognita accommodat*.

Und der wechselnde Wortlaut unserer Einrede soll deren Nichtproponirung beweisen. Aber wechselt denn ihr Wortlaut wirklich und wird nicht vielmehr als stehender und daher möglicher Weise edictaler Wortlaut bezeugt:

si non (extra quam si) ea res Nⁱ Nⁱ est ex iure Quiritium, was durchaus in die Publicianaformel bei G. 4, 36 passt.

Für *si non ea res Nⁱ Nⁱ est* sprechen: Neratius D. (6, 2) 17: *exceptio: 'si ea res possessoris non sit'*, Julian D. (44, 2) 24: *exceptionem: 'si non eius sit res'*, Ulpian D. (44, 4) 4 § 32: *adversus excipientem: 'si non suus esset'*. Dagegen führt man an African D. (9, 4) 28: *adversus excipientem: 'si dominus eius sit'*. Aber das ist offensichtlich eine blosse Inhaltsangabe. Seit wann wird formular der Eigenthümer als '*dominus*' bezeichnet? Seit wann beginnt ferner eine *exceptio* mit '*si*'? Wenn African die Exception so zurechtete, so kann er sie auch statt auf die Sache incorrecter Weise auf den Eigenthümer als Subject abgestellt haben. Solche ungenauen Citate sind ja auch für zweifellos edictale Formeln häufig, z. B.:

G. 4, 59: *Quod ego de te hominem Erotem emi*.

Papinian D. (6, 2) 14: *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*.

Marcian D. (20, 4) 12 pr.: *exceptio . . . 'si non mihi antea pignori . . sit res obligata'*.

Ja diese Regel selbst dürfte für die Einheit der Publiciana zeugen. Für eine bloss dem Nichteigenthümer zugedachte Publiciana erscheint dieselbe schwer erklärlich.

Vorbehalt der *causae cognitio* für die Eigenthumseinrede hätte hier den Prätor in den Verdacht gebracht, er bezwecke 'ut res domino auferatur', Neratius D. (6, 2) 17. Denn dass der Nichteigenthümer den Eigenthümer besiegen solle, war ein seltener Fall, dem mit der *replicatio rei venditae et traditae* hinreichend Rechnung getragen war. Anders wenn nur eine Publiciana bestand. Hier sollte eine ganze Classe von Eigenthümern, die bloss *quiritarischen*, der Publiciana immer unterliegen. Hier war daher eine dahingehende allgemeine Regel ebenso am Platz, als sie für jene seltenen Fälle des Sieges eines Nichteigenthümers unzweckmässig und unrömisch gewesen wäre:

ad ea potius debet aptari ius quae et frequenter et facile quam quae perraro eveniunt (Celsus D. (1, 3) 5).

Aber der Bonitarier musste nicht bloss siegen, wenn der Verklagte als Eigenthümer auftrat, sondern *a fortiori* auch, wenn er bloss publicianischen Erwerb behauptete. Bei Lenels Formel: 'si quem hominem A^{us} A^{us} a domino emit' wäre er des Sieges sicher; ist ers auch bei der nach Appletons Vorgang hier angenommenen Ausrüstung mit der *bona fide Publiciana*?

Appleton bejaht es; gegen die Einrede publicianischen Besitzes sei dem Bonitarier und sonstigen gleichgestellten Publicianaklägern die Replik gestattet gewesen: *se a domino emisse*. Hiergegen ist aber von Brezzo Widerspruch erhoben worden¹⁾. Die Frage ist daher noch einmal genau zu prüfen, um so mehr, als sie *direct* präjudicirlich ist für die nach vieler Vorgang auch von Appleton aufgestellte Behauptung, in der Kaiserzeit habe der Eigenthümer mehr und mehr die Publiciana der *Vindication* vorgezogen. Denn diese Gewohnheit hätte sich jedenfalls nicht einbürgern können, wenn der Besitzer durch Erbitung einer publicianischen *Exception*, also durch die blosse Behauptung titulirten Erwerbs den Eigenthümer entwaffnet hätte und gezwungen, statt der Publiciana die *Vindication* zu postuliren.

¹⁾ Appleton Nr. 217 ff. — Brezzo, *Rei vind. ut. p.* 124 ff.; *Archivio* XLIII p. 285.

Es ist indess Appletons Behauptung einer Einrede publicianischen Besitzes mit Replik des Erwerbs a domino durchaus beizutreten.

Für die exceptio possessionis Publicianae spricht das von Ulpian für den Superficiar aufgestellte Princip:

dicendum est exceptione utendum in factum data, nam cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit D. (43, 18) 1 § 4.

Also: weil der Prätor dem Superficiar eine actio (in factum) verheißt, so hat derselbe auch eine exceptio in factum. Genau ebenso beim Pfandrecht, aus der actio in factum quasi Serviana folgte eine in factum redigirte exceptio pignoris (Marcian. D. (20, 4) 12 pr.)¹⁾.

Da kann und muss auch neben der actio Publiciana eine publicianische Exception gestanden haben²⁾, und zwar wird

¹⁾ Wie vollkommen die Juristen die exceptio und actio quasi Serviana auf eine Linie stellten, erhellt z. B. aus folgenden zwei Stellen:

1. Gaius D. (20, 4) 11 § 4: si paratus est posterior creditor priori creditori solvere quod ei debetur, videndum est an competat ei hypothecaria actio nolente priore creditore pecuniam accipere, et dicimus priori creditori inutilem esse actionem cum per eum fiat ne pecunia solvatur. — Hat der zweite Gläubiger (gegen den ersten) die Pfandklage, d. h. versagt dem ersten gegen den zweiten die exceptio pignoris? fragt Gaius. Und er antwortet: ja, der erste hat keine Pfandklage mehr (statt 'keine Pfandeinrede').

1. Severus C. (8, 32 (33)) 1: Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit. — Die exceptio pignoris greift nicht durch, wird ausgedrückt durch intentio dati pignoris non tenebit. —

²⁾ Dafür auch der a fortiori Schluss von der exceptio dominii. Wenn der Prätor dem Eigenthümer zu Liebe nicht cognoscirte noch die Publiciana denegirte, sondern ihm einfach eine Exception gab, wird er um einen blossen publicianischen Besitzer nicht stets selbst cognoscirt haben. So mit Recht Appleton II p. 12. — Dagegen allerdings Brezzo (Archivio XLIII p. 285): der Prätor habe den publicianischen Besitzer nur und immer durch Klagdenegation geschützt. Aber seine Begründung ist unzureichend: la prova del dominio è ben più lunga e complicata che non quella di un acquisto di b. f., e . . . Il confrontare la

Appleton Recht haben, wenn er sie nach dem Muster der Klage ficticisch redigirt denkt:

nisi si eundem hominem N^{us} N^{us} anno possedisset tum si eum hominem eius ex iure Quiritium esse oporteret¹⁾.

Wie aber gegen die Publiciana actio die exceptio dominii Platz griff, genau so vermuthet Appleton mit Recht eine Replik des Erwerbs vom Eigenthümer gegen diese publicianische Einrede.

Die Ausdrucksweise der bekannten beiden Stellen über den Conflict zwischen zwei publicianischen Erwerbern bestätigt durchaus diese Annahmen Appletons.

D. (6, 2) 9 § 4 Ulpian Lenel 570:

Si duobus quis separatim vendiderit bona fide eumentibus, videamus quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est, an is qui tantum emit (ὁ πρῶτος ἡγορακῶς), et Iulianus scripsit ut si quidem ab eodem non domino emerint potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis melior causa sit possidentis quam petentis. Quae sententia vera est.

Nach dem Schluss: melior causa sit possidentis quam

data dei titoli, fosse anche per esame sommario di testi, non pare che esorbiti dai limiti della praetoria causae cognitio. — Zugegeben selbst, dass der Prätor mit der blossen causae cognitio hätte durchkommen können, so würde doch die Analogie der Eigenthumseinrede, der exceptio pignoris und superficiei entscheidend für das Bestehen einer publicianischen Einrede sprechen.

¹⁾ Appleton I p. 58 n. 15, II p. 13. Dagegen Brezzo R. vind. ut. p. 125: es sei undenkbar, dass dieselbe Formel für Kläger und für Verklagten Eigenthum angenommen hätte. — Aber das lag ja auch in der Publiciana mit exceptio dominii vor. Intentio und exceptio standen eben in keinem inneren, logischen Zusammenhang. War die exceptio begründet, so war die Klage stets und ohne weitere Erörterung abzuweisen. Da kam denn der Geschworene gar nicht dazu, zu untersuchen, ob und wie intentio und exceptio sich inhaltlich mit einander vertrügen. Bei alledem bleibt Appletons doppelte Fiction natürlich auffallend und in unseren Quellen beispieillos. Aber für den Formularprocess sind 'unsere Quellen' eben durchaus unzulänglich. Und das soeben festgestellte Princip der gleichen Formulirung von actio und exceptio spricht für die Anwendung der gleichen Fiction auch für die publicianische Klage und Einrede.

petentis, handelt es sich um einen Process zwischen zwei publicianischen Erwerbern. Da ist denn die Frage: quis magis Publiciana uti possit? so zu verstehen wie unsere obigen Stellen über die exceptio pignoris, die von der actio und der intentio pignoris sprechen, wo sie die Pfandeinrede meinen (o. S. 252 A. 1). Genau so steht hier Publiciana gegen Publiciana, nämlich exceptio P. gegen actio P.

Potior sit cui priori res tradita sit erklärt sich durch die replicatio rei venditae et traditae gegen die exceptio Publiciana.

Bezeugt diese Stelle die publicianische Einrede, so tritt bei Neratius auch die Replik des Erwerbs vom Eigenthümer hervor.

D. (19, 1) 31 § 2 Nerat. Lenel 21:

Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio is ex nobis tuendus est qui prior ius eius apprehendit, hoc est cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

Der Schlusssatz zeigt, wie Appleton Nr. 223 mit Recht betont, die beiden Prätendenten im Process mit einander.

Da fällt denn auch für den Anfang der Stelle die wenig natürliche Auslegung Savignys, wonach Neratius hier erörterte, welcher von zwei publicianischen Erwerbern gegen einen dritten Besitzer klagen könne¹⁾.

Ganz wie in der vorigen Stelle handelt es sich auch hier um einen Process zwischen zwei publicianischen Erwerbern, 'is tuendus est' heisst einfach, es muss ihm mit exceptio oder replicatio der Sieg verschafft werden²⁾.

¹⁾ Neratius' Entscheidung ist und bleibt also im Widerspruch mit der des Julian und Ulpian D. (6, 2) 9 § 4 und des Paulus D. (50, 17) 128 pr. (ad Publicianam Lenel 298): in pari causa possessor potior haberi debet. — Appleton II p. 24—25 formulirt die Streitfrage gut dahin, ob zwischen zwei titulirten Erwerbern, von denen keiner das Eigenthum seines auctor beweist, der ältere Titel oder der gegenwärtige Besitz entscheide, und II p. 336—340 zeigt er dieselbe Controverse als in der neuesten französischen Jurisprudenz anhängig: Aubry & Rau II § 219 Note 10 mit Julian, Ulpian und Paulus für den Besitz, der Arrestist bei Dalloz 66 I 5 Note mit Neratius für den älteren Titel. —

²⁾ Tueri bedeutet keineswegs immer einen ausserordentlichen, cog-

Im übrigen scheint Neratius in der ganzen Stelle an eine und dieselbe Klage zu denken, welche also den Käufer a non domino ganz ebenso beschützte wie den Käufer a domino (nämlich von bloss tradirten res Mancipi). Der letztere soll 'omnimodo' geschützt werden, also als Kläger wie als Beklagter. Da wird er denn wie als Beklagter exceptionsweise, so als Kläger replicirend auf die actio oder exceptio Publiciana haben antworten können, er habe vom Eigenthümer erworben.

Die Stelle bestätigt also Appletons Vermuthung über die Art, wie der Bonitarier in der b. f. Publiciana den ihm gebührenden absoluten Schutz fand.

Den Nachweis, dass die b. f. Publiciana für den Bonitarier ausreichte, verstärkt nun Appleton (Nr. 25) noch durch die Feststellung, dass Lenels Bonitarierpública praktisch sehr un Zweckmässig gewesen wäre. In der That hätte dieselbe von dem Bonitarier a limine und jedem Besitzer gegenüber den Beweis des dominium auctoris gefordert. Das ist nicht wahrscheinlich. Allerdings übertreibt und verallgemeinert Appleton die Schrecken der diabolica probatio. Hier indess ist ihm Recht zu geben. Denn die Objecte, wegen deren hauptsächlich die Bonitarierpública stattfand: Grundstücke und Sklaven, waren zugleich die, für welche der Eigenthumsstreit am häufigsten und damit der Eigenthumsbeweis am

nititionsweisen Schutz. Hier einige Stellen, die es in der oben vorausgesetzten Weise für die Hülfe durch die gewöhnlichen Processmittel anwenden:

- D. (6, 2) 14 (Pap. bei Ulp.): ein Mandatar hat verkauft, emptorem tuebitur praetor sive possideat, sive petat rem . . . exceptione . . . 'Si non auctor meus ex voluntate tua vendidit'.
- D. (10, 2) 44 § 1 (Paul.): si . . . communi dividundo actum sit (imperio continenti iudicio) adiudicationes praetor tuetur exceptiones aut actiones dando.
- D. (8, 5) 16 (Iul.): bei Kauf des Tropfenfallsrechts: 'an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim?'
- D. (41, 1) 41 (Ulp.): im Besitz der Statuen: tuendi cives erunt et adversus petentem exceptione et actione adversus possidentem iuvandi.
- D. (20, 1) 18 (Paul.): bei Pfandbestellung eines Nichteigenthümers: sic tuetur me per Servianam praetor quemadmodum debitorem per Publicianam.

schwierigsten war. Gerade für Grundstücke und Sklaven suchte man nach Gaius, Ulpian und Diocletian¹⁾ diesen Beweis durch ein Interdict von sich ab und auf den Gegner zu überwälzen. Da wird denn auch die Publiciana gesucht haben, dem Bonitarier diesen Beweis ganz abzunehmen (wenn der Gegner mit der *exceptio dominii* antwortete) oder ihn doch wenigstens bis aufs äusserste hinauszuschieben (wenn der Gegner seine publicianische Einrede bewiesen hatte und nun der Bonitarier seine Replik des Erwerbs *a domino* beweisen musste). —

Die den Quellen am besten entsprechende Annahme einer einzigen Doppelpubliciana erscheint also auch nach processualischen und praktischen Rücksichten als die weitaus wahrscheinlichste.

IV.

Die Terminologie für die Inhaber der Publiciana.

Wie die Usucapion so galt auch die Publiciana für den materiell unvollkommenen Erwerb *a non domino* und für den bloss formell unvollkommenen Erwerb *a domino*²⁾. Im vorigen wurde behauptet, dass entsprechend der einen Usucapion auch eine einzige Publiciana für diese beiden Kategorien von Erwerbern galt und ebenso der Name *bonae fidei emptor* ihnen beiden gemeinsam war.

Hier soll nun festgestellt werden, was die Quellen über die Benennung der Publicianainhaber ergeben. Es handelt sich meist um negative Feststellungen, also bei der Beschaffenheit unserer Quellen um unsichere. Aber jedenfalls widersprechen dieselben, so wie sie sind, der Annahme von Brinz

¹⁾ Gaius 4, 150. 160; Ulpian D. (43, 17) 1 § 3; Diocletian C. (3, 32) 13: *Ordinarii iuris est ut Mancipiorum orta quaestione prius exhibitis Mancipiis de possessione iudicetur ac tunc demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur.* — ²⁾ Also für den Erwerb von *res Mancipi* durch blosser Tradition, für die prätorische Ueberweisung von Sachen (dem *missus ex Ido decreto* giebt wenigstens Paulus D. (39, 2) 18 § 15 die Publiciana) und — worauf Schulin, Röm. Rechtsgesch. § 71 dankenswerther Weise hinweist — für den Erwerb von einem prätorischen Erwerber. Insbesondere von einem *honorum possessor* und *honorum emptor*.

und Appleton¹⁾, dass noch die Pandektenjuristen die beiden Usucapionsaspiranten als wesentlich gleichartig, nach Appleton als prätorische Eigenthümer, aufgefasst hätten. Die Terminologie zeigt vielmehr eine fortschreitende Erkenntniss und Anerkennung ihrer materiellen Verschiedenheit.

Allerdings gab es für Ulpian und Paulus ein prätorisches Eigenthum (*dominium schlechtweg*), aber darunter fiel nur der praktisch unentreissbare Erwerb, nicht dagegen der *bona fide* Erwerb vom Nichteigenthümer.

Zunächst die Terminologie für den Erwerber *a domino*.

Dass er '*bonae fidei emptor*' genannt wurde noch bis zu Julian und Ulpian, zeigen die oben (S. 236 ff.) besprochenen Stellen: D. (41, 4) 8; D. (6, 2) 7 § 11; D. (48, 5) 28 (27) § 1, sowie vor allem der Passus über *bona fide emere* in Julians *Publicianaedict* (*Edict sensu lato*), wenn man denselben in der oben vertretenen Weise auffasst.

Ein *bonae fidei emptor* muss nun auch, scheint es, '*bonae fidei possessor*' genannt werden. Allerdings dürfte, wie oben vermuthet wurde, *bonae fidei emptio* für Publicius den Kauf auf Treu und Glauben bedeutet haben, die *bona fides* also vom Kauf prädicirt worden sein und nicht vom Käufer. Aber in der entwickelten *Publiciana*- und *Usucapionslehre*, und zumal im Munde Julians und Ulpians, ging der Ausdruck natürlich auf die Redlichkeit des Käufers: *quomodo enim mala fide emisse videtur qui a domino emit*, Jul. D. (41, 4) 8.

Da könnte man es denn nur für Zufall halten, wenn unsere fragmentarischen und hinsichtlich des Bonitarius interpolirten Quellen seine Bezeichnung als *bonae fidei possessor* nicht zeigen. Wahrscheinlicher ist aber, dass kein blosser Zufall vorliegt. Bei den späteren Classikern war in der That, wie sofort zu zeigen, der Erwerber *a domino* von dem *a non domino* schon so sehr differencirt, dass sie ihn kurzweg *dominus* nannten. Da vermieden sie denn wohl die Bezeichnung *bonae fidei possessor* für ihn, während durch das *publicianische Edict* die Doppelbedeutung des *bonae fidei emptor* sich etwas mehr im Gebrauch erhalten mochte.

¹⁾ Brinz z. R. d. h. f. p. S. 80, S. 138; Appleton Nr. 3—369 (oben S. 215).

Jedenfalls: unsere Quellen, die den Erwerber a domino dreimal bonae fidei emptor nennen, bezeichnen ihn kein einziges Mal als bonae fidei possessor.

Als Beweis für das Gegentheil wird vor allem ¹⁾ D. (11, 7) 14 § 1 angeführt von Brinz, unter voller Beistimmung Hartmanns, und unabhängig von ihnen von Appleton²⁾.

D. (11, 7) 14 § 1 Ulpian Lenel 750:

Si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus est, nec sit unde funeretur, ex invecitis illatis eum funerandum Pomponius scribit, et si quid superfluum remanserit hoc pro debita pensione teneri.

Sed et si res legatae sint a testatore de cuius funere agitur nec sit unde funeretur, ad eas quoque manus mittere oportet: satius est enim de suo testatorem funerari quam aliquos legata consequi. Sed si adita fuerit postea hereditas, res emptori auferenda non est, quia bonae fidei possessor est et dominium habet qui auctore iudice comparavit. Legatarium tamen legato carere non oportet, si potest indemnitas ab herede praestari: quod si non potest, melius est legatarium non lucrari, quam emptorem damno adfici.

Daraus entnommen:

D. (50, 17) 137: qui auctore iudice comparavit bonae fidei possessor est.

In dem als b. f. possessor bezeichneten Käufer sieht man

¹⁾ Ausserdem beruft sich Brinz z. R. d. b. f. p. S. 86 noch auf D. (22, 1) 45, Pomp. ad Q. Mucium: fructus percipiendo uxor . . . ex re donata suos facit illos . . . quos suis operibus adquisierit . . . : nam si pomum decerpserit . . . non fit eius, sicuti nec cuiuslibet b. f. possessoris; aus den letzten Worten ist in der That mit Brinz und Pernice (Labeo II S. 166 A. 49) zu schliessen, dass für Pomponius (und Q. Mucius) gewisse b. f. possessoris alle Früchte erwarben, andere nur die erarbeiteten. Willkürlich ist es aber, wenn Brinz in den ersteren die Bonitarier sieht und in den quilibet die Erwerber a non domino. Da Schenkung unter Ehegatten vorliegt, das Paradigma des Erwerbs ohne causa (z. B. D. (41, 7) 5 pr.), so liegt es weit näher, mit Pernice den Gegensatz auf b. f. possessio mit und ohne iusta causa zu deuten. —

²⁾ Brinz z. R. d. b. f. p. S. 84 ff.; Hartmann, Krit. Vjschr. XVIII S. 163 f.; Appleton Nr. 4.

ganz allgemein einen prätorischen Erwerber *a domino*. Aber dabei wird die offenbar absichtliche Steigerung in der Stelle nicht beachtet: erst verpfändete Sachen, dann veräußerte, nämlich (*per vindicationem*) legierte. Nur von diesen spricht der Schluss der Stelle. Nur ihr Erwerber (anders Brinz) wird b. f. possessor genannt und zwar erst: *si adita fuerit hereditas*. Dann aber besitzt er in der That die namens der Erbschaft an ihn verkauften Sachen *a non domino*, denn vom Erbschaftsantritt an wirkt das Legat und gehören, nach beider Schulen Ansicht, die Sachen nicht mehr zur Erbschaft: G, 2, 195. 200. Hier konnte und musste also von wahrer b. f. possessio gesprochen werden, vgl. z. B.:

Marcian D. (34, 5) 15 (16): *si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres: . . si . . non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit.*

Das 'et dominium habet' unserer Stelle ist also auf alle Fälle missverständlich. Wer es hinzufügte, war in demselben Irrthum wie die modernen Ausleger, dass ein nur formell mangelhafter Erwerb *a domino* vorliege. Da die Worte in der Parallelstelle fehlen, so darf ihre tribonianische Herkunft als sicher behauptet werden¹⁾. Denn schwerlich hätten die Compileroren ein *ulpianisches* 'dominium habet' weggelassen, um eine *regula iuris* aus D. (11, 7) 14 § 1 zu machen. Viel eher hätten sie da den *bonae fidei possessor* gestrichen, der ja für sie unbedingt nur den Erwerber *a non domino* bedeutete. Denn dass man *auctore iudice* (*praetore*)²⁾ nur b. f. possessio erwarb, kam zwar oft genug vor, aber doch nur als Ausnahme. Als Regel war zu lehren: 'dominium habet qui auctore iudice comparavit'.

¹⁾ So auch Pernice, *Labeo II*, S. 189 A. 47 ('sicher'), Lenel, *Paling. II*, p. 565 N. 1. — ²⁾ Zu 'auctore iudice' statt 'praetore' bemerkt Pernice, *Labeo II* S. 189 A. 47: 'Eine Interpolation ist möglich'. Mir scheint: nein, da 'iudice' auch in der Parallelstelle vorkommt, während doch die Titel D. 50, 16 und 17, soweit zu sehen, durchweg aus den Originalwerken direct compilirt worden sind. Auch konnte Ulpian sehr wohl *index* für den Prätor sagen, da schon Gaius es thut, 3, 125: *si iussu iudicis satis accipiatur*, wo doch vor allem an prätorische Satisfaktionen zu denken ist. Uebrigens begegnet dem Gaius unmittelbar vorher (G. 3, 121. 122) ein noch ärgerer Provincialismus: *in Italia . . . in ceteris provinciis!*

Ferner spricht für die Interpolation, dass nur bei Streichung des 'et dominium habet' Ulpian's Gedankengang verständlich wird: *res emptori auferenda non est quia bonae fidei possessor est, qui auctore iudice comparavit*, d. h. 'weil er ein solcher b. f. possessor ist, welcher (die fremde Sache) auf richterliche Autorität hin erwarb'. Zu Grunde liegt der Gedanke, der auch sonst öfter in den Pandekten anklingt, dass es doch eigentlich billig wäre, wenn der gutgläubige Käufer stets bei der Sache erhalten würde^{1 2)}.

In D. (11, 7) 14 § 1 ist der Ausdruck 'dominium' für den publicianisch geschützten Erwerb tribonianisch, ist er es da allenthalben³⁾?

Die Frage ist an sich von Interesse, wegen der Differenzierung zwischen dem Usucapionsbesitz *a domino* und *a non*

¹⁾ Vgl. z. B. Ulp. D. (4, 4) 13 § 1 i. f. *aequius esse . . succurri, etiam adversus ignorantem, quamvis b. f. emptor est*; Pomp. D. (16, 1) 32 § 1: *petitionem dandam ei . . et adversus b. f. emptorem*; Ulp. D. (44, 4) 4 § 31: *sufficit . . si . . b. f. emptor . . non patitur doli exceptionem ex persona auctoris*. — ²⁾ Wie ist übrigens der Schlusssatz von D. (11, 7) 14 § 1 zu verstehen: *legatarium tamen legato carere non oportet etc.*? Wer soll die Sache haben, wenn der Erbe zahlen kann: der Käufer? oder der Legatar? Brinz (a. a. O. S. 86) sagt: der Legatar. M. E. mit Recht. Denn *indemnitas praestari* kann Ulpian nur von dem Käufer sagen, da er betont, der Legatar wolle nur *lucrare*, der Käufer dagegen fürchte ein *damnum*. — Also bekommt, wenn der Erbe zahlen kann, der Käufer eine Summe Geld und muss die Sache herausgeben. Ein Beweis mehr dafür, dass er sie *a non domino* erwarb, also der *bonae fidei possessor* der gewöhnliche Erwerber *a non domino* ist und 'et dominium habet' eine missverständliche Interpolation. — ³⁾ Die in Frage kommenden Pandektenstellen sind meines Wissens folgende: D. (7, 1) 7 § 1; D. (9, 4) 26 § 6; D. (10, 3) 5; D. (11, 7) 14 § 1; D. (23, 5) 1 pr.; D. (37, 1) 1; D. (39, 2) 10; D. (39, 2) 15 §§ 16. 17. 33; D. (47, 2) 47; D. (50, 16) 49. In Lenel's Palingenesie wird ausser in D. (11, 7) 14 § 1 das *dominium* in keiner dieser Stellen für tribonianisch erklärt. Ebenso wenig von Burckhardt *cautio d. inf.* S. 556 ff. für die 7 Stellen, die dem *missus ex secundo decreto* 'dominium' zuschreiben. — Ausser Betracht bleiben einstweilen die Stellen über *dominium* des Käufers mit *addictio in diem*: Ulpian D. (18, 2) 4 § 3; Paulus D. (39, 3) 9 pr. Schulin und mit ihm Hölder und Appleton verstehen den Ausdruck von der dem Käufer zustehenden *Publiciana*. Ob mit Recht, das ist in dem zweiten Theil dieser Beiträge über 'die *Publiciana* nach Eigenthumsverlust' zu untersuchen.

domino, die die Bezeichnung des ersteren als dominium schon für die classischen Juristen bekunden würde. Besonders wichtig ist sie aber wegen der beiden (in der letzten Anmerkung citirten) Stellen, die den Käufer mit *addictio* in diem als dominus bezeichnen. Schulin-Appletons ganze Theorie über die Publiciana nach Eigenthumsverlust beruht auf der Voraussetzung, dass dominium in diesen Stellen die Publiciana (verstärkt durch die *replicatio rei venditae et traditae*) bedeutet. Diese ganze Theorie wäre also a limine zu verwerfen, wenn es feststände, dass die Pandektenjuristen mit dominium nur das Civileigenthum und nie das prätorische bezeichneten.

Dies hat nun Pernice in der That sehr energisch behauptet¹⁾. Für ihn spricht, dass die Interpolation ausser in D. (11, 7) 14 § 1 auch noch in D. (10, 3) 5 durchaus wahrscheinlich ist²⁾.

¹⁾ Labeo II S. 188—189. — S. 188 bemerkt er zu D. (9, 4) 26 § 6 *placuit dominii adquisitione extingui actionem*: 'Selbstverständlich kann der classische Jurist nichts von *adquirere dominium* geschrieben haben'. Dann in der Anmerkung 45: 'Die Idee des doppelten Eigenthums ist überhaupt nur eine doctrinäre Abstraction mit dem Werthe eines Schulschemas Wie weit jene Abstraction über Gaius zurückgeht, wird sich nicht bestimmen lassen'. — Endlich Anm. 47 über D. (11, 7) 14 § 1: 'Sicher . . scheint mir, . . dass die im Fr. 137 fehlenden Worte *et dominium habet* eingeschoben sind. Sie beruhen auf derselben Erwägung, wie die Interpolationen im Titel *de damno infecto*, dass nach Aufhebung des *duplex dominium* die prätorische Zuweisung sofort volles Eigenthum verleihe. Wie sie dastehen, ergeben sie für das classische Recht so lange Unsinn, als nicht nachgewiesen ist, dass der sogenannte bonitarische Eigenthümer jemals dominus genannt wird'. —

²⁾ D. (10, 3) 4 § 4 Ulp.: *scribit Iulianus si missi in possessionem damni infecti simus et antequam possidere iuberemur, ego insulam fulsero, sumptum istum communi dividundo iudicio consequi me non posse* — Fr. 5 (Iul.): *sed si res non defenderetur et ideo iussi sumus a praetore eas aedes possidere et ex hoc dominium earum nancisceremur, respondit Proculus communi dividundo iudicio partem eius impensae me servaturum esse*. Gegen die Echtheit des '*et ex hoc dominium . . nancisceremur*' spricht, dass ohne diesen Zwischensatz Julians Erörterung sich glatter liest. Ferner das wenig classisch präzise *ex hoc*. Endlich das *nancisceremur* statt *nauti fuerimus* oder *sumus*. *Nancisceremur* wäre sprachlich richtig nur als Hinweis auf die noch unvollendete Usucapion. Aber wozu hätte Julian auf sie hinweisen sollen, vgl. D. (10, 3) 7 §§ 2. 9.

Aber in zahlreichen anderen Fällen ist *dominus* für den prätorischen Eigenthümer sicher oder höchst wahrscheinlich echt. Der Schluss, was zweimal interpolirt ist, ist es allenthalben, greift also hier nicht durch. Diese Interpolationen sollten eben nicht den Classikern eine byzantinische Terminologie unterschieben, sondern lediglich eine denselben schon geläufige Terminologie verallgemeinern. Am nächsten liegt es da, in den fraglichen Interpolationen in den Text aufgenommene vorjustinianische Glossen zu sehen. Dazu passt ihre Einschiebselform durchaus.

Vor Erörterung der Zeugnisse für *dominium* = prätorisches Eigenthum einige allgemeine Bemerkungen.

Mit der von Pernice gelegneten Ausdehnung des *dominus* über den Civileigenthümer steht es ganz anders als mit der Ausdehnung anderer Civilbegriffe, z. B. mit der Ausdehnung des *heres* über den Civilerben hinaus. *Dominus* ist 'der Herr' in der vollen Vieldeutigkeit dieses Wortes. Es genüge an 'dominus — cognitor' zu erinnern und an die Bezeichnung des Kridars in der prätorischen Concursordnung als *dominus* (vgl. Lenel, *Edictum* S. 340 A. 8). Da ist es denn von vornherein unwahrscheinlich, dass dies vieldeutige Wort, auf Eigenthumsverhältnisse angewandt, nur das quiritische Eigenthum bezeichnet hätte. Ohne *ex iure Quiritium* passte *dominus* und *dominium* für jede Sachherrschaft. So brauchte man es vom Provincialgrundeigenthum z. B. *Fragn. Vat.* 315. 316, was doch den Juristen nur *possessio et ususfructus* war: *G.* 2, 7. Da denn gewiss auch von dem *missus ex secundo decreto* und von dem bonitarischen Erwerber italienischer Grundstücke.

Noch unvermeidlicher war die Bezeichnung als *dominus* für den prätorischen Eigenthümer von Sklaven. Wie die Sklaven selbst ihn ihren 'Herrn' nannten, so mussten es auch die Dritten thun, denn alle materiellen Herrschaftsbefugnisse: Jurisdiction, Vertretung gegen Klagen, Erwerb, Freilassung, hatte wenigstens in der Kaiserzeit der Bonitarier.

Im Leben wird man also zweifellos den Bonitarier, den *missus ex secundo decreto* und ihresgleichen als *dominus* bezeichnet haben. Die römische Rechtssprache stand aber der Sprache des Lebens bekanntlich weniger fern als die heutige.

Und jedenfalls war ein Anlass, der zur Herübernahme des landläufigen Ausdrucks *dominus* in die Rechtssprache führen musste. In zahlreichen Rechtsregeln und Rechtssatzungen nämlich war der materiell Herrschaftsberechtigte (mit oder ohne *ius Quiritium*) kurzweg als *dominus* bezeichnet, statt wie es pedantisch correct gewesen wäre als '*is cuius in bonis res est*' oder '*is ad quem ea res pertinet*'.

So in all jenen alttraditionellen Rechtsregeln, deren Formulirung vor dem Aufkommen des in *bonis* als berücksichtigenswerther Erscheinung lag: der Sklave erwirbt dem *dominus*: G. 3, 167; die Noxalklage geht unter *aquisitione dominii*: D. (9, 4) 26 § 6, 37; die *actio furti* geht bei *mutatio dominii* auf den neuen *dominus* über D. (47, 2) 47, 67 (66) § 1 u. s. w. So im S. C. Claudianum G. 1, 84, 160, Ulp. 11, 11; Paul. (2, 21^a) §§ 1. 10. 17. So durchgängig im Edict: D. (9, 3) 5 § 6; D. (39, 2) 7 pr.; D. (39, 4) 12 § 1; D. (47, 8) 2 pr.; D. (47, 10) 15 § 34.

Ganz besonders interessant ist die *lex Iunia Norbana*. Hier erhellte nämlich die Subsumtion des Bonitarius unter den *dominus* aus dem Gesetze selbst. Denn natürlich wurde bei Abgrenzung der Befugnisse von Quiritarier und Bonitarier letzterer als '*is cuius in bonis servus est*' bezeichnet: G. 1 § 167, § 35; Dositheus 9 (dass hier das Gesetz citirt wird, dafür spricht Dositheus 7, 8, 12).

Trotzdem aber war die eigentliche Freilassungsbestimmung, die gewiss aus dem Edict abgeschrieben war (G. 3, 56), in der Sprechweise des Edicts auf die *voluntas domini* abgestellt Dosith. 7, 15, vgl. Dosith. 5; Ulp. 1 § 12.

Hier allenthalben konnten nun die Juristen gar nicht anders, als dem Worte *dominus* auch den prätorischen Eigenthümer zu subsumiren, d. h. also in allen hierher gehörigen Fragen von ihm als von dem *dominus* zu sprechen. Damit aber war das *dominium* des Bonitarius u. s. w. in die technische Rechtssprache eingeführt.

Da ist es denn nicht zu verwundern, dass schon längere Zeit vor Gaius die Idee des *duplex dominium* sich feststellte, welche dieser meinem Gefühl nach ¹⁾ als herkömmliche und vollständig formulirte vorträgt: G. 1 § 54; 2 § 40.

¹⁾ Anders Pernice s. o. S. 261 A. 1.

Ebenso konnte Ulpian D. (50, 16) 49 mit Recht sagen: *in bonis nostris computari sciendum est non solum quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint.* — Mit 'quae domini nostri sunt' bezeichnet er hier auch das prätorische Eigenthum, an das er selbstverständlich gedacht haben muss und das er nicht unter dem *bona fide* besessenen verstanden wissen wollte (o. S. 258).

Von den Zeugnissen für *dominus* = prätorischer Eigenthümer sind unsicher wegen möglicher Interpolation die anscheinend auf formlos veräußerte *res mancipi* bezüglichen¹⁾.

Sicher echt aus äusseren und inneren Gründen scheint mir das *dominium* des *bonorum possessor* bei Ulpian D. (37, 1) 1 und Paulus D. (47, 2) 47. Doch ist von hier kein unmittelbarer Schluss auf den Bonitarier, den *missus* u. s. w., da der *bonorum possessor* zufolge der Erbschaftsfiction die Eigenthumsklage mit unveränderter *intentio* anstellte; da konnte Ulpian denn mit *Fug* sagen, dass die *bonorum possessio* '*dominium rerum*' tribuit.

Dem *missus ex secundo decreto* schreiben 7 Stellen *dominium* zu. Eine derselben — Julian D. (10, 3) 5 — haben wir als gewiss interpolirt erkannt. Trotzdem spricht Pernice mit Unrecht von den 'Interpolationen im Titel *de damno infecto*', denn für die übrigen Stellen ist die Echtheit des *dominium* sicher oder fast sicher.

An Gründen, den *missus* als *dominus* zu bezeichnen, fehlte es nicht. Zunächst war er *dominus* bei Provincial-

¹⁾ Schulin, Resolutivbedingungen S. 174 ff. führt Diocletian C. (3, 32) 15 an: *Quotiens duobus in solidum praedium iure distrahitur, manifesti iuris est eum cui priori traditum est in detinendo dominio esse potiozem.* — Aber die Stelle ging auf ein Provincialgrundstück (§ 1 apud praesidem provinciae, auch *possessionem emisse*) also im Zweifel auf ein nichtmancipables. Dieselbe Möglichkeit des nichttitalischen Charakters liegt nun bei allen Grundstücksstellen vor. Man wird daher Stellen über bloss tradirte Sklaven heranziehen müssen. Hier zwei davon: Dioclet. C. (3, 32) 12: *mancipium quod tradidisti et hoc modo dominium eius transtulisti.* Hier ist aber die Tradition ohne Beifügung der *causa* sehr wahrscheinlich eine interpolirte Mancipation. Diocl. C. (4, 38) 6: *si . . . titulo venditionis sine quadam fraude dominium mancipii transtulit . . . vindicare minime prohiberis.* Diese Stelle ist besser. Wenn auch der Gedanke an eine Mancipation nicht ausgeschlossen ist, so ist er doch m. E. durch nichts nahe gelegt.

grundstücken. Sodann enthielt das Edict über *damnum infectum* selbst einen *dominus*, dem der Eingewiesene vorkommenden Falls zu subsumiren war, nämlich: *si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisfacere iubebo*, D. (39, 2) 7 pr. Und gerade von der Cautionspflicht des *missus* spricht eine der verdächtigten Stellen, Ulpian D. (39, 2) 15 § 17¹⁾.

Ist der *dominus* hier echt, so wird er es in dem Paragraph vorher auch sein: Ulpian D. (39, 2) 15 § 16: *Iulianus scribit eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur non prius incipere per longum tempus dominium capere quam secundo decreto a praetore dominus constituatur*.

Gegen die Vermuthung, Ulpian habe geschrieben: *non prius incipere usucapere quam . . . possessor constituatur*, spricht, dass der Compiler schon nicht mehr bloss geschlafen, sondern geträumt haben müsste, wenn er hintereinander *dominium capere* und den justinianischen, der Ersitzung weder bedürftigen, noch fähigen *dominus* interpolirt hätte. Ulpian dagegen konnte *usucapere* und *dominus* sehr wohl nebeneinander stellen, er ging eben vom *dominium duplex* aus. Ebenso konnten die Compiler, wenn *usucapere* und *dominus* schon dastanden, sie nebeneinander stehen lassen mit mechanischer Interpolation des *usucapere*. Aber selbst für sie unwahrscheinlich ist, dass sie bewusst und absichtlich den *missus* allenthalben zum *dominus* (des justinianischen Rechts) neu gestempelt hätten und trotzdem nicht weniger als 8 Stellen über die *Bonitarierusucapion* des *missus* interpolirt und inhaltlich

¹⁾ Si ante hoc decretum alius quoque in possessionem *missus* fuerit, aequaliter ambo aedium fiunt domini, scilicet cum iussi fuerint possidere. Si vero iam constituto domino eo . . . Titius *damni infecti* sibi caveri desiderabit, cessante primo cavere solus Titius erit in possessione. 'Cessante primo cavere' — cavet non satisfacit, er wird als *dominus* behandelt, da konnte ihn Ulpian auch so nennen. Und dass er ihn hier so genannt hat, ergiebt sich m. E. aus der Unwahrscheinlichkeit der sonst anzunehmenden Interpolation. Constituto domino für constituto possessore wäre möglich; durchaus unwahrscheinlich ist dagegen, dass der Compiler aus einem *aequaliter ambo aedes iubentur possidere*, den dastehenden langen und — trotz des häufig compilerischen scilicet — recht gut stilisirten Satz gemacht hätte. Wozu das?

unverändert aufgenommen hätten, statt sie zur Hälfte wegzulassen und zur anderen Hälfte durch ein *non a domino* unschädlich zu machen¹). Ihre Aufmerksamkeit muss eben auf das *dominium* des *missus* gar nicht besonders gerichtet gewesen sein.

Diese Erwägungen scheinen mir durchschlagend und damit die Echtheit des *dominus* in fr. 15 § 16 erwiesen.

In zwei weiteren Stellen ist das *dominium* des *missus* unverdächtig, weil der Jurist durch den Gegensatz des *Ususfructus* darauf geführt wurde²).

In einer weiteren Stelle kam man zu dem Wort *dominium* durch den Begriff der *alienatio*. Wissentlich das zweite Decret heraufbeschwören war eine *alienatio* (Ulpian D. (27, 9) 3 § 1: '*alienationes*'). Veräußern und übereignen sind aber

¹) Die fraglichen Stellen sind D. (39, 2) 5 pr.: *per longi temporis spatium in suum dominium capere*; fr. 12: *per longum tempus rem capere*; fr. 15 § 16: *per longum tempus dominium capere*; fr. 15 § 26: *dominium capere possidendo*; fr. 15 § 27: *dominium per longum tempus adquiri*; fr. 18 § 15: *possidendo dominium capere*; fr. 41 § 1: *possidendo dominium cepit*; D. (41, 2) 3 § 23: *per longam possessionem capere*. — ²) D. (39, 2) 10 Paulus: *nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem Iulianus scribit*. Sed si fructuarius de soli vitio quid praestiterit ius domini ad eum transferri oportet. Das ist offensichtlich echt. Aber dies ius domini transferre ist doch nichts als das sonst für den *missus* ex secundo decreto eintretende Verfahren. Da konnte man denn auch von diesem sagen: *ius domini ad eum transfertur*, oder aber *dominus constituitur*, *iure domini possidet*. So die zweite *Ususfructus*stelle:

Ulp. 17 ad Sab. D. (7, 1) 7 § 1: *unde (fructuarium) etiam mitti .. in possessionem vicinarum aedium causa damni infecti placuit et iure domini possessurum eas aedes si perseveretur non caveri, nec quicquam amittere finito usufructu*.

Hier liegt in dem '*nec quicquam amittere finito usufructu*' (kein blosser *Ususfruct* an dem überwiesenen Hause!) eine dem *iure domini* possessurum durchaus entsprechende Wendung. Ein blosses '*possessurum*' wäre daneben zu schwach. Das i. d. *possidere* ist also hier echt. Da mag es denn auch echt sein bei Ulpian D. (39, 2) 15 § 33: *posteaquam autem quis possidere iure domini a praetore iussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi: et ita Labeo, ceterum nullus inquit finis rei invenietur*. Indess wenn hier nichts gegen die Echtheit spricht, so spricht auch nichts Specielles für sie. Es könnte daher auch, wie D. (11, 7) 14 § 1 und D. (10, 3) 5 eine Interpolation vorliegen, am wahrscheinlichsten durch Aufnahme der Glosse '*iure domini*' in den Text.

nahe verwandt, da ist denn gewiss echt Paulus D. (23, 5) 1 pr.: interdum lex Iulia de fundo dotali cessat: si ob id quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde iussus sit possidere: hic enim dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria.

Possessor vicinus fit würde zwischen 'iussus . . possidere' und 'haec alienatio' doch sehr dürftig sein.

Dass Ulpian und Paulus den missus ex secundo decreto mitunter 'dominus' nannten, dürfte hiernach unleugbar sein¹⁾.

Da erscheint denn auch durchaus unanstössig die Bemerkung des Paulus D. (9, 4) 26 § 6 über die ausnahmsweise Gestattung, einen noxae causa fortgeführten Sklaven nachträglich zu vertheidigen: sed et actori his casibus succurrendum est, quia placet dominii acquisitione extinguere actionem, iussu enim praetoris ductus in bonis fit eius qui duxit.

Allerdings könnte der Jurist bloss 'placet extinguere actionem' geschrieben haben. Aber mit dominii acquisitione liest sich die Erörterung besser und ist sie dem Wortlaut der traditionellen Regel entsprechender (o. S. 263). Und für den missus haben wir ein sicher echtes 'dominii adquisitio' gefunden.

Jedenfalls erscheint nach dem obigen unhaltbar die Behauptung von Pernice: 'selbstverständlich kann der classische Jurist nichts von adquirere dominium geschrieben haben'.

¹⁾ Nicht für die Auffassung der possessio ex secundo decreto als dominium beweist D. (10, 3) 7 § 9, wo Ulpian von einer vindicatio des missus spricht. Denn als die vindicatio, der die actio comm. div. parallel geht, bezeichnet er hier sogar die Publiciana des b. f. possessor arg. fr. 7 § 2 und 3 (ex quibus autem causis vindicatio cessat), vgl. Lenel, Edictum § 82. Ebenso lässt z. B. D. (39, 1) 9 den Pfandgläubiger Servituten 'vindicare'. — Auf der anderen Seite beweist nicht gegen die Auffassung des missus als dominus, dass in den betreffenden Stellen die Juristen diesen Ausdruck für den Hauseigenthümer anwenden, und zwar nicht bloss vor der missio: D. (39, 2) fr. 5 § 1; fr. 7 § 2; fr. 9 §§ 4. 5; fr. 10; fr. 15 §§ 20. 21. 22. 23; fr. 19; fr. 22 § 1; fr. 27, sondern auch nach der missio Ulp. D. (39, 2) 15 § 23: ubi quis possidere iussus est, dominus deiciendus erit. Es ist eben dominium duorum in solidum, nämlich duplex dominium. Genau so in der sofort zu besprechenden Stelle D. (9, 4) 26 § 6.

Es erübrigt noch, die Terminologie für den usucapionsfähigen Erwerber *a non domino* festzustellen, für den *bonae fidei possessor*.

Hier ist unbestreitbar, dass man ihm ein *rem in bonis habere* zuschrieb, ganz wie dem Erwerber *a domino*.

Dafür zunächst und entscheidend die unbedenkliche Subsumtion des *bonae fidei possessor* unter die quasi Serviana, welche auf in *bonis habere* abgestellt war (Lenel, *Edictum* S. 396 A. 8):

Paulus D. (20, 4) 14: *si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.*

Paulus D. (20, 1) 18: *si ab eo qui Publiciana uti potuit quia dominium non habuit pignori accipi, sic tuetur me per Servianam praetor quemadmodum debitorem per Publicianam*¹⁾.

Gegen diese Hineinrechnung des *b. f. possessor* unter das in *bonis habere* der Pfandklage spricht nicht D. (20, 1) 21 § 1, wenn man sie nach Lenels²⁾ wohl begründeter Vermuthung auf das *Salvianum* bezieht.

Die allgemeinen Stellen bestätigen durchaus diese Einrechnung der *b. f. possessio* in die *bona*. So Modestins Definition D. (41, 1) 52. So ferner ausdrücklich zwei Erläuterungen der '*bona*' des *Concursusdicti* bei Ulpian 1383 D. (50, 16) 49 und bei Celsus 204 D. (50, 17) 190: '*quod evincitur in bonis non est*', was man³⁾ dahin verstehen kann, aber nicht muss: '*erst nach vollendeter Eviction hören (bona fide erworbene) Sachen auf, in bonis zu sein*'.

Von den sonstigen Zeugnissen für die Annäherung des

¹⁾ Wofern nicht etwa das plumpe '*quia dominium non habuit*' interpolirt worden ist, zugleich mit dem '*non a domino*' D. (6, 2) 1 pr. Die Stelle ist aus Paulus 19 ad *Publicianam* Lenel Paulus 296. Lenel beanstandet das '*quia d. n. habuit*' nicht. Es ist auch in der That trotz seiner stilistischen Ungeschicklichkeit — '*non habebat*' wäre doch mindestens nöthig — gerade bei Paulus nicht unmöglich, vgl. z. B. den bekannten Schlusssatz von D. (46, 1) 36. — ²⁾ Lenel, *Edictum* S. 395; Ulpian 1632. — ³⁾ Mit Brinz z. R. d. b. f. poss. S. 78 und Appleton Nr. 4.

b. f. possessor an den Bonitarier ist das werthvollste die von Brinz S. 80 herangezogene, bei Appleton fehlende Stelle D. (6, 1) 17 § 1, wo Ulpian von dem b. f. possessor sagt, dass er durch die Usucapion plenum ius incipit habere, was bekanntlich für die Bonitarierusucapion der stehende Ausdruck ist: G. 1, 15; 2, 41; 3, 80.

Der Bezeichnung der beiden Publicianakläger als bonae fidei emptores entspricht also ein beiden zugeschriebenes rem in bonis habere. Aber bei der Vieldeutigkeit des letzteren Ausdrucks folgt daraus ihre theoretische Gleichstellung noch keineswegs. Wogegen wenigstens für die späteren Classiker ihre theoretische Differencirung aus den oben festgestellten terminologischen Erscheinungen sich ergibt, nämlich aus dem anscheinenden Vermeiden von b. f. possessor für den Bonitarier und aus seiner sicheren Bezeichnung als dominus.

Bonae fidei possessor der eine, dominus der andere, das war schon ganz die justinianische Terminologie, trotz der die Gegensätze noch äusserlich zusammenhaltenden altmodischen Bezeichnung beider als bonae fidei emptores in der Publiciana D. (6, 2) 7 § 11.

Aber wurde nicht vielleicht auch der bonae fidei possessor dominus genannt?

Dafür ¹⁾ Appleton Nr. 4: 'dès lors il n'y a point de raison de refuser le nom de propriétaire à l'acquéreur de bonne foi, tant qu'il ne se trouve pas en présence de personnes ayant un droit égal ou supérieur au sien'. Aber einen Quellenbeweis versucht er nicht einmal. Derselbe dürfte auch unmöglich sein.

Allerdings wird D. (11, 7) 14 § 1 als dominus ein bonae fidei emptor a non domino bezeichnet (o. S. 259), aber D. (50, 17) 137 beweist die Unechtheit dieser Bezeichnung.

Etwas besser wäre die Berufung auf Ulpian D. (18, 2) 4 § 3: ex quo colligitur quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret. Daraus könnte man deduciren:

bonae fidei possessio = verpfänden können,
verpfänden können = dominium,
also b. f. possessio = dominium.

¹⁾ Im Zusammenhang der oben S. 214 ff. erwähnten Hypothese.

Aber Ulpian bei seiner raschen Schriftstellerei will schon bei dem, was er ausdrücklich sagt, nicht stets beim Wort genommen sein. Ein solches dialectisches Quälen gelegentlicher Aeusserungen würde er sich daher wohl sehr verbeten haben.

Nicht ergiebiger ist endlich C. de rebus alienis non alienandis (4, 51) 3 von Diocletian: *venditrici succedenti hereditario iure perfectam recte venditionem rescindere ac dominium revocare non licet: sed et si hoc ex persona sua vindicet etc.* — Es liegt vor: Beerbung der verkaufenden Nichteigenthümerin durch den Eigenthümer. Dessen Vindication wird ein 'dominium revocare' genannt. Vielleicht weil der Käufer durch die *exceptio rei venditae et traditae* geschützt, also absoluter Herr der Sache ist. Wahrscheinlicher ist, dass eine bloss thatsächliche, ungenaue Redeweise vorliegt.

Jedenfalls ergibt weder diese Stelle noch sonst eine die Terminologie b. f. *possessor* = *dominus*.

V.

Die Publiciana und das Provincialgrundeigenthum.

Im folgenden sollen zwei Fragen erörtert werden, die Lenel in der Palingenesie aufgeworfen hat. Beide auf *praedia stipendiaria vel tributaria* bezüglich und beide von grosser Bedeutung für Schulin-Appletons System der Publiciana nach Eigenthumsverlust, welches den Gegenstand des zweiten Theils dieser Beiträge bilden wird.

Vorweg einige Worte über die Bedeutung der Provincialgrundstücke.

Dass dieselben an Flächenraum und Werth die italischen Grundstücke, die in den Provinzen inbegriffen, übertrafen, liegt auf der Hand. Ein grosser Theil davon gehörte schon unter der Republik Römern, und andererseits gewannen in der Kaiserzeit die Provincialen und ihre Rechtsverhältnisse immer mehr Bedeutung und Berücksichtigung, da müssen denn in der Praxis der Juristen und Kaiser des zweiten und dritten Jahrhunderts die *praedia stipendiaria* und *tributaria* häufiger und wichtiger gewesen sein als die italischen, *mancipationsfähigen* Grundstücke. In der Rechtslehre überwogen aller-

dings die italischen Grundstücke und die sie betreffenden Civilrechtssätze, dafür genügt der Hinweis auf den breiten Raum, den die Grundstücksusucapion in den Pandekten einnimmt¹⁾. Aber zwischen der Rechtslehre der Kaiserjuristen und der wirklichen Praxis war bekanntlich oft genug ein grosser Unterschied, wofür im Grossen auf die *leges iudicio populi receptae* (Julian D. (1, 3) 32 § 1) und im Kleinen z. B. auf die trotz thatsächlicher *desuetudo* (Ulpian D. (47, 2) 93) nach wie vor gelehrte Diebstahlsprivatklage verwiesen sei. Trotzdem also die Rechtslehre der Kaiserzeit immer noch die italischen Grundstücke in den Vordergrund rückte, so ist es doch durchaus irrig, insbesondere praktischen Stellen gegenüber, jeden *fundus* von vornherein für einen *fundus italicus* zu halten. Wo nicht ein besonderes Merkmal, vor allem die Usucapion diese Eigenschaft bezeugt, da ist mindestens ebensoviele Wahrscheinlichkeit, dass ein nichtmancipirbares Provincialgrundstück vorliegt. Das zeigt z. B. der Codextitel 3, 32 de rei vindicatione, wo von 14 auf Grundstücke irgendwie bezüglichen Stellen 5 mit Sicherheit auf Provincialgrundstücke gehen, eine auf italische (fr. 24), während bei 8 kein zufälliges Merkmal ihre Beziehung verräth²⁾.

¹⁾ In den *Vaticana fragmenta* wird der *fundus italicus* allein berücksichtigt: fr. 45, 47 aus den theorelischen *manualia* des Paulus; ferner in zwei Responsen fr. 94 und 263. Sonst allenthalben (fr. 61. 252^a. 268. 285. 313) werden sicher oder wahrscheinlich beide Grundstücksarten berücksichtigt, sei es ausdrücklich, sei es durch Wendungen wie '*mancipatio vel traditio*'. Dagegen gehen wahrscheinlich oder sicher nur auf Provincialgrundstücke fr. Vat. 29. 259. 283. 293. 312. 315. 316, vgl. die folgende Anm. — ²⁾ Nachstehend das Ergebniss der die meiste Ausbeute versprechenden Quellenabschnitte. Allerdings das Ergebniss nicht für provincielle Grundstücke (stipendiariae und tributariae), sondern nur für in der Provinz gelegene Grundstücke. Darin stecken also auch die der Gemeinden mit *solum italicum* (Ulp. D. (50, 15) 8 § 7). Aber dieses an sich nicht sehr bedeutende Zuviel wird mehr als aufgewogen durch das grosse Zuwenig, was durch die zahlreichen Provincialgrundstücksstellen entsteht, bei denen kein zufälliges Merkmal uns diese ihre einstige Beziehung verräth. Von den benutzten Kriterien sind manche unsicher, das ist dann bei jedem hervorgehoben.

1. Ausdrücklich bezeichnete *praedia stipendiaria vel tributaria*.

Gaius 2; 7, 21; Papinian Vat. fr. 259; Caracalla C. (3, 34) 3; Ulpian Vat. fr. 61; Diocletian Vat. fr. 283. 285. 286. 293. 313. 315. 316; Justin. J. (2, 1) 40.

Dies vorausgeschickt, wird man Lenels erste Frage für sehr gerechtfertigt halten. Sie betrifft mehrere Stellen aus Ulpian 17 ad Edictum, welche von Schulin und Appleton auf die Publiciana bezogen werden, darunter D. (6, 1) 41 pr. und D. (39, 6) 29, zwei Hauptstützen für Schulins Versuch, die Eigenthumsverhältnisse bei *addictio in diem* und *mortis causa donatio* durch das Eingreifen der Publiciana zu erklären.

2. Grundstücke 'in provincia'.
Modestin D. (18, 1) 62 pr.
3. 'in (eadem — alia) provincia'.
Dioclet. C. (3, 19) 1; Constant. C. (3, 19) 2.
4. 'ager militibus adsignatus'.
Ulp. D. (6, 1) 15 § 2.
5. Der praeses provinciae als Richter.
Severus C. (8, 15) 2; Alex. C. (4, 44) 1; C. (8, 29) 1; Gordian. C. (3, 32) 5; C. (8, 13) 9; C. (8, 29) 4; Philippus C. (3, 34) 5; Claud. C. (3, 34) 6; Dioclet. Vat. fr. 312; C. (3, 32) 15, 17; C. (3, 34) 9, 10; C. (3, 36) 14; C. (4, 44) 5; C. (4, 46) 2; C. (4, 49) 5, 8; C. (4, 50) 5; C. (4, 51) 5; C. (7, 32) 5, 6; C. (7, 33) 3; C. (8, 23) 2; C. (8, 34) 2; Constant. ad pr. prov. Lugd. C. (4, 47) 2.
6. Ein procurator als Richter (das kann seit Nerva wohl nur in der Provinz vorkommen: Mommsen, Staatsrecht II^{2A} S. 195 A. 1; S. 980—982).
Vat. fr. 29; Dioclet. C. (3, 34) 7.
7. Donatio perfecta durch blosse Tradition.
Dioclet. C. (4, 38) 3, 9.
8. Longae temporis praescriptio angerufen (nicht ganz sicher, obwohl wahrscheinlich, soweit die Usucapion reichte, die daneben stehende l. t. pr. nicht oft benutzt wurde).
Paulus D. (18, 1) 76 § 1; Alex. C. (2, 50) 3: Grundstück eines Soldaten, also gewiss eines Provincialen; Gordian. C. (3, 32) 4: ebenso; Dioclet. C. (7, 35) 6.
9. Dominus durch blosse Tradition (unsicher, da auch der Bonitarius dominus genannt wurde).
Alex. C. (3, 32) 3; C. (4, 50) 2; Gordian. C. (3, 32) 6; Valer. C. (4, 50) 4.
10. Tributum erwähnt (unsicher, seit Diocletian Italien dem tributum unterwarf, Marquardt. St.-Verw. II^{2A} S. 224).
Scaevola D. (19, 1) 52 pr.; Alex. C. (4, 47) 1 [Dioclet. C. (3, 32) 25], Constant. ad praes. Baeticae C. (4, 46) 3.
11. Capitatio erwähnt (wie Nr. 10).
[Dioclet. C. (4, 49) 9].

Diese Stellen nun beansprucht Lenel für die Provincialvindication, allerdings nur zweifelnd: Paling. II p. 515 n. 5:

Fr. 585—589 sub hac rubrica non sine dubitatione collocavi: moveor autem eo, quod in his omnibus de fundo agi videtur non per mancipationem, sed per traditionem ad alium translato.

Sicher ist nun, wegen der Erläuterung von stipendium und tributum bei Ulpian 17, D. (50, 16) 27 § 1, dass er in diesem Buch die Provincialvindication behandelte. Aber ebenso auch die Publiciana: D. (6, 1) 37, 73 pr. Und für diese passt die blosse Tradition des fundus natürlich genau ebenso gut. Unmöglich wird dadurch nur die Civilvindication, dagegen sind die Publiciana und die Provincialvindication ganz gleichmässig bloss durch die Tradition bedingt. In den vorliegenden Stellen aber spricht mancherlei gegen die Provincialvindication, also für die Publiciana. Zwar, dass von Lenel das pr. von D. (6, 1) 39 — über eingebaute caementa — auf die Vindication oder die Publiciana bezogen wird (Ulp. 577), dagegen der § 1 derselben Stelle auf die Provincialvindication (Ulp. 585), das ist nur ein kleiner Anstoss, trotzdem er Ulp. 580. 583 D. (6, 1) 73. 75 zwischen beiden Paragraphen hergenommen sein lässt. Denn der Compiler konnte aus inhaltlichen Rücksichten die Fragmente 73 und 75 ans Ende von D. 6, 1 stellen wollen, und dann mussten natürlich die für D. 6, 1 noch bleibenden Ausschnitte aus Ulpian 17 Ed. hintereinander abgeschrieben werden.

Schwerer wiegt aber, dass in D. (6, 1) 41 pr. Ulp. 586 zwar am Schluss von einem fundus die Rede ist, der Eingang dagegen ganz allgemein lautet: si quis hac lege emerit ut si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti.

Und Ulp. 588 D. (6, 1) 41 § 1 schliesst sogar von dem fundus ausdrücklich auf die res: si domini rem tradat. Das passt schlecht zu einer Grundstücksklage.

Noch weniger passt dazu Ulpian 587 D. (39, 6) 29. Da ist schlechtweg nur von res donata die Rede. Allerdings wurde nun das Provincialgrundstück manchmal res tributaria genannt und dies als 'res' tribonianisirt: Vat. fr. 315 (C. 3, 32) 15 § 2. Aber häufig war dieser Ausdruck unseren Quellen

nach nicht. Und vor allem: pflegt man gerade Grundstücke *mortis causa* zu verschenken?

So braucht denn auf den Inhalt von D. (6, 1) 41 pr. und D. (39, 6) 29 gar nicht eingegangen zu werden, um zu sehen, ob dies Wiederaufleben der Klage besser zur *Publiciana* passt als zu der — uns gänzlich unbekannten — *Provincialvindication*.

Es kann schon jetzt als sicher behauptet werden, dass diese beiden Stellen, und überhaupt Ulpian 585—589, auf die *Publiciana* gehen können, als wahrscheinlich, dass sie beide wirklich darauf gingen. Schulins System sind also diese beiden Stützen durch Lenel nicht entzogen worden.

Lenels zweite Frage greift Schulins System mittelbarer, aber nicht minder gefährlich an. Er bezweifelt die Anwendbarkeit der *Publiciana* auf *Provincialgrundstücke*, d. h. auf die weitaus wichtigsten *res nec mancipi*.

Wäre dies begründet, so würden die von Schulin für die *addictio* in diem u. s. w. angenommenen Manipulationen mit der *Publiciana* praktisch nicht sehr viel weiter gereicht haben, als die Manipulationen mit dem in bonis bei *res mancipi*. Denn der Natur der Sache und den Quellen zufolge kamen für alle Eigenthumsfragen, insbesondere auch für die in diem *addictio*, hauptsächlich zwei Arten von Sachen in Betracht: Sklaven und Grundstücke. Eine Klage, die von vornherein für den grösseren Theil der letzteren versagt hätte, wäre also zur Herstellung einer allgemeinen Rechtseinrichtung wie die in diem *addictio* ungeeignet gewesen.

Indess auch hier erscheinen Lenels Zweifel als unbegründet. Er äussert dieselben zu D. (6, 2) 12 § 2 Paulus 295: *In vectigalibus et in aliis praediis quae usucapi non possunt, Publiciana competit si forte bona fide mihi tradita est.* Dazu die Note 2: *'si forte b. f. mihi tradita est', non videntur esse Pauli quem suspicor scripsisse: Publiciana non competit.*

Also: in praediis quae usucapi non possunt *Publiciana* non competit. Das würde nicht schlecht passen zu zwei Aeusserungen Ulpians:

D. (6, 2) 9 § 5: *Haec actio in his quae usucapi non possunt . . . locum non habet.*

D. (6, 2) 11 § 7: . . si ipse fundus Publiciana peti non potest.

Ferner spricht in etwas für Lenel die Wortform von: si forte bona fide mihi tradita est. 'Si forte' zur Anführung einer stets nothwendigen Voraussetzung klingt nicht classisch präcis, sondern nach jener Unbestimmtheit, die das Lebens-element der Compileren ist. 'Bona fide tradita' ist auffallend, dem Empfänger wird sonst die b. f. nachgesagt. Endlich das 'est', was sehr wohl der Eile des ändernden Compilers zugeschrieben werden kann. Also: si f. b. f. m. t. est könnte in der That eine flüchtig hingeschriebene Interpolation sein.

Aber auch nur könnte; denn 'est' kann ein Copist für 'sunt' verschrieben haben, bona fide tradita findet sein Seitenstück in dem sehr classischen bona fide servire, und wenn man es dennoch hässlich findet und das 'si forte' auch, so gilt doch für alle diese Interpolationsfragen, dass die Classiker, zumal Paulus und Ulpian, der einreissenden Barbarei schon sehr nahe standen, ja eigentlich schon mitten darin. Da sind denn stilistische Unschönheiten ein wenig sicheres Merkmal von Interpolationen.

Aber weiter: selbst wenn das 'si forte b. f. mihi tradita est' compilerisch wäre, so wäre Lenels 'Publiciana non competit' dadurch noch nicht bewiesen. Denn auch wenn Paulus die Klage gewährte, konnte er sich mit einem blossen 'competit' kaum begnügen. Er hätte ihre Formel angegeben und damit den Compiler leicht zur Interpolation veranlasst.

Spricht § 2 nur wenig für Lenel, so sprechen die §§ 3 und 4 erheblich gegen ihn. Der § 3: Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero, sieht durchaus echt aus und doch müsste er bei Lenels Conjectur gleichfalls interpolirt sein. Denn an 'Publiciana non competit' konnte er sich kaum anschliessen. 'Non competit si bona fide emero', bei mala fides doch erst recht nicht!

In etwas gegen Lenel auch § 4: si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem praetor tuetur ne contra leges faciat. 'Eo casu' ist anscheinend absichtlich vorangestellt und betont. In diesem Fall versagender Usucapion

versagt auch der Prätor die Publiciana, das setzt als Gegensatz voraus: in den oben besprochenen Fällen versagt zwar die Usucapion, die Publiciana aber steht trotzdem zu.

Der Gesamteindruck von D. (6, 2) 12 spricht also gegen Lenels 'Publiciana non competit'. Und die oben angeführten Aeusserungen Ulpians sprechen nicht sehr für ihn.

Das Princip: wo keine Usucapion, da keine Publiciana, verleugnet Ulpian selbst für die Servituten D. (6, 2) 11 § 1. Und für 'si ipse fundus Publiciana peti non potest' giebt die lex Iulia et Plautia eine durchaus genügende Erklärung.

Gar nichts, weder für noch wider, wird anzufangen sein mit der auffälligen Thatsache, dass die Compileren diese wichtige Notiz, interpolirt oder nicht interpolirt, dem Paulus entnahmen, der sonst nur Ergänzungen zu dem Hauptgewährsmann Ulpian lieferte.

Ein erhebliches Argument für die Zulässigkeit der Publiciana bei Provincialgrundstücken liegt dagegen in ihrer Fortexistenz im justinianischen Immobilienrecht, statt dass sie mit dem nudum ius Quiritium und der Grundstücksusucapion untergegangen wäre. Mit Lenels Conjectur liesse sich dies wohl nur durch die Annahme vereinigen, dass nach Paulus die Publiciana auf Provincialgrundstücke ausgedehnt worden wäre. So dass schliesslich nur das fraglich wäre, wann diese Ausdehnung erfolgte, ob vor Julian, vor Paulus, vor Diocletian oder noch später.

Für vordiocletianisches Bestehen der Provincialgrundstückspubiciana scheint mir in etwas Diocletians C. (7, 35) 6 — quibus non obiciatur longi temporis praescriptio — zu sprechen:

Ab hostibus captus ac postliminio reversus actione in rem directa vel qualibet alia dominium vindicando (longi) temporis adversarii possessionem frustra times, cum adversus eos qui restitutionis auxilio quacumque ratione iuvantur huiusmodi factum non opituletur.

Die Stelle beweist allerdings nur dann, wenn man wegen der l. t. pr. Provincialgrundeigenthum vermuthet und unter der 'quaelibet alia in rem actio' die Publiciana versteht, allein oder doch wenigstens neben der restitutorischen Klage aus

dem Edict D. (4, 6) 1 § 1. Beide Annahmen sind unbeweisbar, aber nicht unwahrscheinlich.

Alles in allem ist also die Anwendung der Publiciana auf bona fide a non domino erworbene Provincialgrundstücke nicht widerlegt und wenn auch nicht bewiesen, so doch immerhin recht wahrscheinlich.

Dagegen wird nicht beizutreten sein einer Vermuthung Appletons Nr. 47. Er denkt sich (nach Lenel, Edictum S. 132 A. 6) die Provincialpubliciana ficticisch: 'si fundus Italici iuris esset'¹⁾ und vermuthet dazu, diese so hergerichtete Publiciana sei die einzige Provincialgrundstücksklage gewesen auch für 'a domino' erworbene Grundstücke. Für diese Vermuthung beruft sich Appleton auf Jherings Gesetz der 'juristischen Oekonomie' (Geist § 56). Diese Begründung reicht schwerlich aus (o. S. 217 f.), denn das Alter der Provincialgrundstücksklage spricht gegen ihre Identificirung mit der Publiciana. In der That wird man derartige Ausnutzungen der Publiciana zu ursprünglich ihr ganz fremden Zwecken kaum in republikanische Zeit setzen, während der Provincialgrundbesitz schon in der lex agraria von 111 als rechtsbeständig, also wohl als längst durch Klage geschützt erscheint. Ja, die lex agraria, die den Provincialgrundbesitz als 'habere, possidere, frui licere' unterschiedslos mit dem italischen ager publicus zusammenstellt, berechtigt zu der Vermuthung, man habe gerade die den ager publicus schützende, uns allerdings unbekannte Klage auch für den Provincialgrundbesitz verwendet.

Nach Lenel (Ed. § 71) wäre die Provincialgrundbesitzklage direct auf 'habere possidere frui licere' formulirt gewesen.

(Fortsetzung und Schluss im nächsten Heft.)

¹⁾ Was unbeweisbar ist, aber durchaus möglich. Audibert (s. o. S. 213 A. 1) p. 277 leugnet diese Möglichkeit. Er wendet ein, bei der Fiction 'si Italici iuris esset' hätte der verklagte Besitzer eines Provincialgrundstückes die Usucapion anrufen können. — Aber galt denn gegenüber der Publiciana die Berufung auf Usucapion? Nach D. (17, 1) 57 galt sie nicht, wie demnächst auszuführen, d. h. nicht formelmässig und officio iudicis. Nur der Prätor schützte den publicianisch verklagten Usucapienten. Und bei Provincialgrundstücken hätte er diesen Schutz natürlich unterlassen.

XIV.

Zur sog. *exceptio divisionis*.

Von

Herrn **Paul Sokolowski**

in Berlin.

In all den zahlreichen grösseren Werken und Monographien, in denen die Rechtswohlthat der Klagentheilung gerade in unseren Tagen behandelt worden ist, tritt uns regelmässig die für unanfechtbar gehaltene Auffassung entgegen, dass die Vorschützung des *auxilium divisionis* von jeher auf dem Wege der *exceptio* erfolgt sei¹⁾.

Diese Darstellung ist indessen keineswegs erschöpfend und findet in solcher Einseitigkeit in den Quellen keine Bestätigung²⁾.

¹⁾ Ich sehe hier zunächst von älteren, wie Anton Hering, *Tractatus de fideiussoribus*, Frankfurt 1647, Cap. XXVII pars. 2, ab. In neuerer Zeit haben diesen Standpunkt vertreten Girtanner, *Die Bürgschaft* S. 457 u. ff., ferner Hasenbalg, *Die Bürgschaft* S. 468. Liebe, *Stipulation* S. 228 u. ff. Zimmermann in Neustetels und Zimmermanns *Römisch-rechtlichen Untersuchungen* S. 272. v. Schröter, *Giessener Zeitschrift für Civilrecht und Process* VI S. 430. v. Wenning-Ingenheim, *Ueber die Verwandlung einer Obligatio in solidum in eine Obligatio pro parte durch den Gebrauch des auxilium divisionis*, in der *Giessener Zeitschrift für Civilrecht und Process*. Ad. Dedekind, *De exceptione divisionis disquisitiones*, Goettingae 1853, p. 40. 59. Lud. Rueckert, *Principia iuris Romani de exceptione, quam vocant divisionis*, Goettingae 1852. Georg August Arnold Grotendorf, *De exceptione divisionis*, Goettingae 1852, S. 11 u. ff. Unter den neueren Pandektisten haben sich dieser Auffassung angeschlossen: Unterholzner, *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen*, herausgegeben von Ph. E. Huschke, Leipzig 1840, Bd. II S. 818. Sintenis, *Civilrecht* III. Aufl. 1868 Bd. II § 89 Not. 47 S. 142. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt 1882, Bd. II S. 808 N. 3. —

²⁾ Im Gegensatz zu den in Note 1 Genannten ist dann freilich die rechtliche Natur des *auxilium divisionis* richtiger gewürdigt worden von

I.

Um die wahre Natur des *auxilium divisionis* zu erkennen, müssen wir auf die älteste systematische Darstellung bei Gaius zurückgehen. Er betrachtet (III, 121) die *epistula Hadriani* im Zusammenhang mit der früheren Gesetzgebung, insbesondere mit der *lex Furia*, und kommt, indem er beide Erlasse mit einander vergleicht, zu folgendem Resultat: Laut Vorschrift der *lex Furia* zerfällt die Bürgenschuld am Tage der Fälligkeit der Hauptschuld ¹⁾ in soviel selbstständige Theilobligationen, als zu dieser Zeit noch haftbare *sponsores* oder *fidepromissores* vorhanden sind. Jeder Mitbürge weiss also von Anfang an, dass er nur auf einen Theil belangt werden darf, wofern seine Mitbürger bis zum Tage der Fälligkeit am Leben bleiben ²⁾.

Die *lex Furia* bedeutete der älteren *lex Appuleia* gegenüber eine erhebliche Verbesserung in der Lage der *sponsores* und *fidepromissores*. Zwar gewährte die *lex Appuleia* demjenigen *sponsor* oder *fidepromissor*, welcher die ganze Bürgschaftsschuld gezahlt hatte, eine selbstständige Regressklage gegen die Mitbürger auf dasjenige, was er über seinen Kopftheil hinaus geleistet hatte. Gleichwohl besaßen vor Einführung der *lex Furia* die Bürger gegen den Gläubiger, der sie auf das Ganze belangte, keinerlei Schutzmittel ³⁾.

Aber auch nach Erlass der *lex Furia* schuldete bis zum Fälligkeitstermin der Hauptschuld jeder der mehreren *sponsores* oder *fidepromissores* das Ganze. Er zahlte daher, wenn er vor jenem Zeitpunkt die ganze Bürgenverbindlichkeit

Keller, *Litiscontestatio* S. 568 und Lenel, *Edictum perpetuum* S. 171. Insbesondere aber hat Dernburg, *Pandekten II* S. 212 u. 213 Note 9 in kurzen, scharfen Zügen diejenige Richtung skizzirt, deren Eigenthümlichkeiten auszuführen ich mir zur Aufgabe gemacht habe.

¹⁾ Ich trage nicht Bedenken, die Worte des Gaius: „*quo pecunia peti potest*“ auf die Hauptschuld und ihre Fälligkeit — dies *venit* — zu beziehen. Vgl. damit Ulpian's Ausspruch L. 213 Dig. de verb. sign. 50. 16: „*venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit*“. — ²⁾ Die *sponsio* und *fidepromissio* war für römische Bürger nicht vererblich. Gaius III, 120. — ³⁾ Cf. Gaius III, 122: „*quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur*“.

erfüllte, eine eigene Schuld und hatte alsdann gegen seine Mitbürgen nur die *actio ex lege Appuleia* auf verhältnissmässigen Ersatz¹⁾. Leistet er aber nach Fälligkeit der Hauptobligation das Ganze, so bezahlt er damit eine Nichtschuld und kann dasjenige, was er über seinen Kopftheil hingegeben hat, vom Gläubiger zurückfordern, wobei dem sponsor in gewissen Fällen sogar das verschärfte Verfahren der *legisactio per manus iniunctionem* zusteht²⁾.

Die sämtlichen hier erwähnten Rechtswohlthaten erstreckten sich auf den fideiussor nicht und selbst die in der *epistula Divi Hadriani* enthaltene Reform blieb weit hinter demjenigen zurück, was die *lex Furia* für die Lage des sponsor und fidepromissor geschaffen hatte.

Die Fälligkeit der Hauptschuld bringt in die Haftung des fideiussor keine Veränderung. Zahlt er nach dem „*dies, quo pecunia peti potest*“ ohne Vorbehalt das Ganze, so erfüllt er damit seine eigene Verpflichtung und ein selbstständiger Rückgriff nach dem Vorbilde der *lex Appuleia* gegen seine Mitbürgen wird ihm nicht gewährt. Dieses und nichts weiter besagt die oft irrthümlich interpretirte.

L. 39 Dig. de fidei. et mand. 46, 1 Modestinus: *Ut fideiussor adversus confideiussorem suum agat, danda actio non est. Ideoque si ex duobus fideiussoribus eiusdem quantitatis cum alter electus a creditore totum exsolvit nec ei cessae sint actiones, alter nec a creditore nec a confideiussore convenietur.*

„*Danda actio non est*“ d. h., es giebt für diesen Fall keine besondere selbständige Klage. Will daher der Mitbürge seine Ansprüche geltend machen, so bedarf er hierzu einer *actio cessa*. Dasselbe bestätigt L. 11 pr. Cod. de fideiussor. et mandat. 8, 40 Imp. Alexander:

Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fideiussit non competit.

¹⁾ Wofern man eine Geltung dieses Gesetzes für Italien nach Einführung der *lex Furia* noch annehmen will. cf. Gaius III, 122: „*sed an etiam in Italia beneficium legis Appuleiae supersit, valde quaeritur*“. — ²⁾ Gaius IV, 22.

Die epistula Divi Hadriani sieht von einer gesetzlichen Theilung der Bürgenobligatio ganz ab.

L. 26 Dig. de fideiussor. et mandator. 46, 1 Gaius: Inter fideiussores non ipso iure dividitur obligatio ex epistula divi Hadriani:

Jeder confideiussor haftet bis zuletzt für die ganze Bürgenschuld

Gaius III, 121: fideiussores vero perpetuo tenentur, et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur, cf. § 4 Inst. de fideiuss. III, 20.

Erst wenn der Gläubiger mit der Klage vorgeht, kann jeder auf Leistung der ganzen Bürgenschuld belangte fideiussor verlangen, dass zunächst drei Thatsachen einer Prüfung unterzogen werden, deren Vorhandensein eine Theilung der Klage unter die Mitbürger bedingt:

1. Ob ausser ihm noch andere fideiussores für dieselbe Hauptschuld haften und ob auch ihre Verbindlichkeit in demselben Zeitpunkt fällig ist.

2. Wie viele von diesen confideiussores anwesend sind¹⁾.

3. Wie viele von den anwesenden confideiussores als zahlungsfähig zu betrachten sind.

Diese drei Thatsachen mussten zur Zeit der litis contestatio zusammentreffen. Ihre Untersuchung hatte daher vor jenem Act, also jedenfalls in iure, d. h. vor dem Prätor, stattzufinden²⁾.

Was zunächst das unter 1. erwähnte Requisit betrifft, so kommen hier nur diejenigen Mitbürger in Frage, welche zur Zeit der litis contestatio ausgeklagt werden können. Ist daher durch eine besondere Uebereinkunft mit dem Gläubiger etwa durch einen Vergleich³⁾ oder pactum de non petendo

¹⁾ Es ist sehr auffallend, dass Gaius dieses Erfordernisses mit keinem Worte Erwähnung thut. Ebenso wird es in den justinianischen Institutionen mit Stillschweigen übergangen. Die einzige Stelle, welche in Pandekten und Codex auf die „praesentia“ hinweist, ist L. 10 pr. Dig. de fidei. 46, 1. Indessen hebt Nov. 99, die jene Frage nochmals behandelt, das Requisit der „praesentia“ ausdrücklich hervor. — ²⁾ § 4 Inst. de fideiussor. III, 20 L. 51 §§ 1. 4 Dig. de fidei. 46, 1, L. 16 Cod. de fidei. 8, 40. — ³⁾ L. 15 § 1 Dig. de fidei. 46, 1 Iulianus: „Si ex duobus, qui apud te fideiusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur et, si ab altero

in personam¹⁾ ein confideiussor vorher befreit worden, so kommt er weiter nicht mehr in Betracht und das ihm Erlassene fällt den übrigen Mitbürgen zur Last. Diese Konsequenz steht in voller Uebereinstimmung mit den Grundsätzen der fideiussio. Der Gläubiger sollte freie Hand haben in der Ausübung seiner Rechte dem Hauptschuldner und den Bürgen gegenüber. Es stand ihm auch frei, durch Entlassung von Bürgen seine Sicherheit zu mindern, ohne dass irgend jemand dawider Einsprache erheben durfte.

Wesentlich anders verhielt es sich, wenn eine Mandatsbürgschaft vorlag. Hier verbot die bona fides dem Gläubiger jede nachtheilige Veränderung nicht nur der Hauptschuld, sondern auch aller accessorischen Rechte, welche jener zur Seite standen, als der Bürge in seine Haftung eintrat. Eine Uebernahme der Bürgschaft mit der ausdrücklichen Forderung, dass Mitbürgen gestellt würden, braucht hierbei keineswegs vorausgesetzt zu werden²⁾. Der Gläubiger handelt auch dann schon contra bonam fidem, wenn er das vom Mandator anfänglich eingegangene Risiko vergrößert. Das vom Bürgen übernommene „periculum“ wird aber dadurch zweifellos vermehrt, dass der Gläubiger einen Mitbürgen, dessen Mithaftung

quindecim petere institueris, nulla exceptione summo veris: reliqua autem quinque si a priore fideiussore petere institueris, doli mali exceptione submo veris“. Schon Dernburg, Pandekten II § 81 N. 7 und Goldschmidt in Jherings Jahrbüchern 26 N. F. 14 S. 366 haben jeden Versuch einer anderen Lesart als verfehlt und ganz überflüssig verworfen. Ich schliesse mich ihnen vollkommen an. Dagegen kann ich Goldschmidts Einwand, dass es dem Gläubiger nicht freigestanden habe, den „einen Mitbürgen auch zum Nachtheil des Mitbürgen zu liberiren“ — a. a. O. S. 368 — nicht beistimmen. Nach den Regeln der fideiussio des classischen Rechts hatte er diese Befugniss ganz fraglos. Für das moderne Recht, sowie zum Theil auch für das justinianische ist Goldschmidts Darstellung dagegen durchaus zutreffend, cf. auch Dernburg a. a. O. II § 81 Note 7 und Hasenbalg a. a. O. S. 488 N. 8a.

¹⁾ L. 23 Dig. de pact. 2, 14 Paulus: „Fideiussoris autem conventio nihil proderit reo, quia nihil eius interest a debitore pecuniam non peti. Immo nec confideiussoribus proderit. Neque enim quoquo modo cuiusque interest, cum alii conventio facta prodest, sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est proficiat: sicut in reo promittendi et his qui pro reo obligati sunt. —

²⁾ L. 59 § 6 Dig. mandati 17, 1.

auch nicht gerade besonders ausbedungen wurde, seiner Verpflichtung entbindet. Der Mandator wird daher verlangen können, dass bei der Klagetheilung der also befreite Mitbürge auch in Betracht gezogen werde.

Eine Ausnahme wird nur in dem Falle anerkannt werden dürfen, wenn der Gläubiger nachträglich zu seiner eigenen Sicherheit und ohne jede Vereinbarung mit dem Mandator sich für dieselbe Hauptschuld einen weiteren Bürgen bestellen lässt. Letzterer kann rechenschaftslos und ohne Verletzung von Treue und Glauben nachher wieder liberirt werden. Der Gläubiger darf zwar das *periculum* des Mandators durch sein Verhalten nicht erhöhen, daraus ergibt sich indessen keineswegs die Verpflichtung, durch einseitiges positives Thun das *Risico* des Bürgen zu beseitigen oder zu mindern. Was der Gläubiger in dieser Richtung aus freien Stücken gethan hat, kann er willkürlich, ohne ein Recht zu verletzen, auch wieder rückgängig machen.

Schwierig ist es, sich diejenigen Vorgänge zu vergegenwärtigen, durch welche das unter 2. erwähnte Requisit — die Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen — erhärtet wurde. Es muss angenommen werden, dass eine blosse Bescheinigung dieser Thatsache vor dem Prätor genügte. Einmal war der Prätor hinsichtlich der Art und Weise, wie sich während des Verfahrens in iure seine Ueberzeugung zu bilden hatte, an keinerlei Regeln gebunden. Sodann darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass bei der Vereinigung des gesammten Geschäfts- und Börsenwesens während der ersten Kaiserzeit in der Stadt Rom es durchaus nicht so schwierig war, wie es uns jetzt dünkt, sich über die Vermögenslage des Einzelnen die erforderlichen Aufschlüsse zu verschaffen. Der Einfluss des Prätors reichte viel weiter, als derjenige irgend eines heutigen Gerichts. Er war daher durchaus in Stand gesetzt, sich die erforderlichen sachverständigen Auskünfte zur Unterstützung seiner eigenen Meinung zu verschaffen.

Später bei der Decentralisirung des geschäftlichen Lebens im römischen Weltreich liess sich die bisherige Praxis freilich nicht mehr aufrechterhalten. Daher sehen wir, dass Justinian bei der Einführung des *beneficium excussionis* oder der Vorauklage durch die Nov. IV, 1 von dem Erforderniss der

Zahlungsfähigkeit Abstand nimmt und nur den Nachweis der Anwesenheit des Hauptschuldners fordert. Diese Einschränkung lag durchaus nicht im Sinne des neuen Gesetzes. Es entsprach ohne Zweifel dem Willen Justinians, dass dem Gläubiger die aussichtslose Anstellung einer Vorklage gegen einen insolventen Hauptschuldner erspart bleibe. Eine solche Bestimmung scheiterte aber an der praktischen Undurchführbarkeit des Beweises der Insolvenz ohne vorherige Ausklagung ¹⁾).

Wo aber andererseits — wie in Nov. 99 — das „solvendo esse“ als Gegenstand eines besonderen Nachweises auch später noch hervorgehoben wird, da erachtet es der Kaiser doch für nothwendig, das Verfahren genau zu normiren, und zwar, was sehr bezeichnend ist, in der Weise, dass die anwesenden Mitverpflichteten in den Rechtsstreit des zunächst Belangten hereingezogen werden sollen. Hierdurch liess sich dann allerdings die ökonomische Lage auch der Mitbürgen am sichersten feststellen ²⁾).

¹⁾ Aus diesem Grunde ist es durchaus zu billigen, wenn die heutige Praxis die Bestimmungen der Nov. IV dahin ergänzt, dass eine Vorklage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auch dann nicht gefordert werden könne, falls letzterer sich im Concurs befindet; cf. Seuffert XIV N. 34: „Zum Ausschluss der Rechtswohlthat der Vorklage wird der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, gleichviel bei welcher Gelegenheit solche sich herausstellt, erfordert.“ Das gleiche Princip spricht aus: Seuffert IV N. 42, VII N. 314, X N. 48, XIII N. 85, XXI N. 111, XXII N. 141, XXVI N. 18, XXVII N. 130, XXVIII N. 204, XXXVII N. 28; Dernburg, Pfandrecht II S. 385; Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches Art. 675. Anderer Meinung ist freilich Chop, Archiv für civilist. Praxis Bd. XV S. 50 ff., S. 65, welcher die Frage verneint, indessen sucht man in seiner Deduction vergeblich nach neuen Gründen. Chop erklärt einfach: diese Ausnahme sei nicht einzuräumen, weil in der Nov. IV davon nichts stehe. Dies kann freilich nicht bestritten werden, hat aber auch darin seinen guten Grund, dass die Römer unser heutiges Concursverfahren nicht kannten. Daher geht Chop auch viel zu weit, wenn er behauptet, diese Einschränkung der Vorklage widerspreche dem Geiste der Nov. IV; das Gleiche vertritt die vereinzelte Entscheidung des O. A. G. Darmstadt, 21. Oct. 1854 bei Seuffert XII, N. 158. — ²⁾ Ich halte es für sehr wahrscheinlich, dass Justinian mit der Nov. 99 unter anderem auch die Regelung dieser Seite des *auxilium divisionis* den veränderten wirthschaftlichen und processualen Verhältnissen entsprechend anstrebte. Darauf mag sich auch die in

Galt es die Zahlungsfähigkeit eines confideiussors zu bescheinigen, so wurden alsdann nicht nur seine eigenen Vermögensverhältnisse, sondern namentlich auch diejenigen accessorischen Sicherungsmittel in Betracht gezogen, welche er dem Gläubiger bestellt hatte. War daher für einen vermögenslosen Mitbürger ein solventer Nachbürge eingetreten, so durfte ersterer bei der Klagetheilung nicht übergangen werden:

L. 27 § 2 Dig. de fidei. 46, 1 Ulpianus: Praeterea si quaeratur, an solvendo sit principalis fideiussor, etiam vires sequentis fideiussoris ei adgregandae sunt.

War es dem Beklagten¹⁾ gelungen, den Prätor vom Zusammentreffen der hier besprochenen drei Erfordernisse zu überzeugen, so konnte er eine Herabsetzung der gegen ihn auf Zahlung der ganzen Bürgenschuld erhobenen Klage in der Weise verlangen, dass nur ein der Anzahl seiner Mitbürger entsprechender Kopftheil in die wider ihn gerichtete formula aufgenommen und in iudicium deducirt werde. Hiernach erfolgte also auch die Theilung der Klage in iure durch den Prätor:

Paulus I, 20: Inter fideiussores ex edicto praetoris, si solvendo sint, licet singuli in solidum teneantur, obligatio dividetur.

der Einleitung erwähnte „retractatio“ und „adiectio“ beziehen. Jedenfalls ist es doch kein blosser Zufall, wenn §§ 1 und 2 des Cap. 1 der Nov. nur das Verfahren behandeln, welches bei der Theilung des Anspruches zu beobachten sei.

¹⁾ Dem gegenüber ist früher mehrfach die Meinung ausgesprochen worden, der Kläger habe die Insolvenz der Mitbürger nachzuweisen gehabt; cf. Lauterbach, Coll. Lib. 45 Tit. 2 § 23 sub 2. Cocceji, Iuris civilis contrav. pars II Lib. 45 Tit. 2 quaest. 10. Donellus Ao. Tit. 40 Lib. 8 Cap. XIII sub 3 und endlich Seufferts Pand. Bd. II § 228 S. 8 ff. Das ist entschieden falsch. Diese Verschiebung der Beweislast ist von vornherein ausgeschlossen, wenn der beklagte Mitbürge, wie wir später sehen werden, ausnahmsweise die exceptio „si non et illi solvendo sint“ vorschützt. Aber auch beim regelmässigen Verfahren, nach welchem diese Frage in iure untersucht und entschieden wurde, ist diese Annahme nach Ausdrucksweise und Darstellung der Quellen unzulässig. Stets tritt uns der ausgeklagte Bürge als derjenige entgegen, welcher die Zahlungsfähigkeit der Mitbürger behauptet „qui contendit“, während der Gläubiger überall nur Zweifel hieran geltend macht „dubitat“, cf. L. 28 und L. 10 pr. Dig. de fidei. 46, 1.

Das gleiche Princip spricht aus:

L. 10 § 1 Cod. de fideiussor. 8, 40 Imp. Alexander:
 Ut autem is, qui cum altero fideiussit non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.

Auf dieses Verfahren bei der Klagentheilung weist auch der in § 4 Inst. de fidei. 3, 20 angeführte Wortlaut der epistula selbst hin, wo es heisst, der Gläubiger werde gezwungen (compellitur) „a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere“. Der Kläger sollte nur einen Theil fordern, nur um einen Theil processiren dürfen. Hierzu zwang ihn der Prätor dadurch, dass er nur einen Theil des Gesamtanspruches in die formula aufnahm und ihn nöthigte, nur über diese herabgesetzte Forderung in iudicio zu verhandeln. Wenn wirklich, wie allgemein angenommen wurde, es regelmässig dem iudex oblag, die Theilung des Anspruches auf Grund einer exceptio vorzunehmen, so hätte die epistula selbst von „partes petere“¹⁾ nicht reden dürfen, denn der in Folge einer exceptio in der condemnatio zurückgedämmte Anspruch ist nimmermehr eine Theilklage.

In der Regel ist in den Quellen von einer Theilung der „actio“ die Rede cf. § 4 Inst. 3, 20 L. 10 pr. § 1, L. 51 pr. § 4. 5, L. 52 § 1. Dig. de fidei. 46, 1, L. 12 in fin. Dig. rem pup. 46, 6, L. 10 § 1, L. 16, Cod. de fidei. 8, 40, Gaius III, 121 und 122.

Dagegen wird in dem gleichen Zusammenhang an Stelle der „actio“ von einzelnen einer „obligatio“ Erwähnung gethan; so von Ulpian in der L. 27 § 4 Dig. de fidei. 46, 1, von Paulus in seinen sententiae lib. I, 20 cit. In L. 3 Cod. de fidei. et mand. 8, 40 brauchen die Kaiser Severus und Antoninus denselben Ausdruck.

Gleichwohl hat auch diese Bezeichnung ihre Berechtigung. Von der auf ein „dare oportere“ gerichteten Bürgenobligation wurde ein Theil durch die litis contestatio abgetrennt, in

¹⁾ „petere“ heisst im Process fordern; cf. Gaius IV, 148: „uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat“. Es hat den gleichen Sinn wie „in partes convenire“, wofür übereinstimmend auch der Ausdruck „actionem dividere“ gebraucht wird. L. 11 pr. Dig. de duob. reis 45, 2.

„condemnari oportere“ verwandelt und dadurch vernichtet¹⁾, während dem Reste der Obligation eine gleichartige Theilung unter die übrigen Mitbürgen bevorstand. Trotzdem ist eine Verwechselung mit den Wirkungen der lex Furia ganz ausgeschlossen, da, wie Gaius — L. 26 Dig. de fidei. 46, 1, desgl. Inst. III, 121 — treffend bemerkt, die epistula Hadriani eine Theilung, die von selbst, auf Grund gesetzlicher Vorschrift in einem bestimmten Termine eintrete, nicht kennt.

Nachdem der Prätor die Theilung der Klage in iure beschlossen hatte, erhielt der Richter seine Instruction in diesem Sinne.

Die Frage, was der Prätor nach der Klagentheilung in die formula setzte, erledigt sich sehr einfach, wenn die Bürgschaft auf ein certum gerichtet war. Hier bestimmte der Prätor selbst in runder Summe den Betrag, der in iudicium deducirt wurde.

Wir wählen folgendes Beispiel: Numerius Negidius und Seius haben als confideiussores bzw. als comandatores für Titius beim Aulus Agerius auf den Betrag von XX Tausend Bürgschaft geleistet. Nachdem die Forderung fällig geworden ist, klagt Aul. Ag. den Num. Neg. aus. Beim Verfahren in iure stellt es sich heraus, dass der Mitbürge Seius anwesend und zahlungsfähig ist. Der Prätor setzt also auf Verlangen des Num. Neg. sowohl in die intentio als auch in die condemnatio der dem Aul. Ager. gewährten formula anstatt der ursprünglich geforderten XX Tausend den auf Numer. Neg. entfallenden Kopftheil von X Tausend.

Die Gliederung der formula haben wir uns daher nach dem von Gaius gegebenen Vorbilde zu denken²⁾. Es wird hier für zulässig erklärt, einen Theil der Gesamtforderung in die intentio zu setzen und den Rest in einem besonderen Verfahren nachher beizutreiben.

¹⁾ Gaius III, 180: „Tollitur adhuc obligatio litis contestatione Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione“. — ²⁾ Gaius IV, 56: . . . minus autem intendere licet; sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur. Nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur „litis dividuae“.

Die gegen den Num. Neg. gerichtete formula lautete also, wenn der fideiussio ein certum zu Grunde lag, folgendermassen:

Si paret Numerium Negidium pro Titio apud Aulum Agerium sestertium X M. fide sua esse iussisse, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X M. condemna s. n. p. a.

oder wenn eine Mandatsbürgschaft für ein certum in Frage kam:

Si paret Aulum Agerium mandato Numerii Negidii a Titio sestertium X M. stipulatum esse, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X M. condemna s. n. p. a.

Es könnte zweifelhaft erscheinen, ob der nicht in iudicium deducirte Theil in der formula ganz mit Stillschweigen übergangen wurde. Immerhin hatte Num. Neg. für XX Tausend gebürgt und die intentio ist doch gerade derjenige Satz der formula, welcher die Rechtsbehauptung des Klägers enthält — ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit — Gaius IV, 41.

Indessen besteht der Zwang, den die epistula Hadriani ausübt gerade darin, dass der Kläger veranlasst wird, dieses sein „desiderium“ auf den in iure vom Prätor normirten Theil herabzusetzen. Auf den ursprünglichen Bürgschaftsbetrag nochmals in der formula hinzuweisen, war mithin ebenso überflüssig, wie eine Erwähnung der Haftung, Anwesenheit oder Solvenz der Mitbürgen. Nachdem diese Fragen in iure definitiv erledigt waren, lagen sie ausserhalb der Competenz des iudex und gehörten nicht mehr ins iudicium.

Anders gestaltete sich die formula, wenn die Forderung gegen die Bürgen auf ein incertum gerichtet war.

Hier enthielt die intentio in jedem Falle, es mochte eine Theilung der Klage stattgefunden haben oder nicht, ein incertum „quidquid ob eam rem dare facere oportet“. In Folge dessen war es ungewiss, was nun eigentlich ins iudicium hinübergeleitet sei; die ganze Forderung des Gläubigers oder nur eine portio virilis.

Einen Aufschluss konnte erst die condemnatio bringen, jedoch auch nur, wenn in ihr ausdrücklich hervorgehoben

wurde, dass es sich um eine Theilklage und demgemäss um eine Verurtheilung in dasjenige handle, was der Beklagte „pro parte“ zu leisten hat¹⁾. Damit aber der iudex im Stande sei, die Höhe dieses Theiles zu bestimmen, ist es erforderlich, dass ausserdem in der formula die Zahl derjenigen Mitbürgen angegeben werde, unter welche in iure die Klage getheilt wurde. Neben dem Num. Neg. wird also der Prätor in der demonstratio resp. praescriptio der formula auch diejenigen Conmandatoren oder Fideiussoren namhaft machen müssen, welche sich zur Zeit der litis contestatio als anwesend und zahlungsfähig erwiesen haben.

Bei der Theilung der actio incerti unter mehrere confideiussores würde die formula demnach lauten:

E. R. A. quod Numerius Negidius cum Seio pro Titio apud Aulum Agerium incertum fide sua esse iussit, quantam partem paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna s. n. p. a.

oder bei der Haftung mehrerer Conmandatoren:

quod Aulus Agerius Numerii Negidii et Seii mandato a Titio incertum stipulatus est, quantam partem paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna s. n. p. a.

Da hier jedenfalls ein incertum in iudicium deducirt wird, so kommt es nur darauf an, dieses durch Gliederung der formula dergestalt zu normiren, dass sich als factischer Inhalt des incertum schliesslich nur die auf den ausgeklagten Mitbürgen entfallende Quote herausstellt. Nur hierauf bezog sich die litis contestatio und nur dieser Bruchtheil der ganzen Bürgenschuld war in iudicium deducirt.

Die dem Kläger bei der fideiussio drohende Klagenconsumtion war damit in Beziehung auf die Rate des Seius abgewandt. Diese blieb einem nachträglichen Verfahren vorbehalten

¹⁾ „Pro parte“ liesse sich ebensogut auf die intentio als auf die condemnatio beziehen, da sich bei der intentio incerta überhaupt „Rechtsbehauptung und Rechtsfolge, Bedingung und Mass der Condemnation mischen“, cf. Keller, Der römische Civilprocess (Wach). S. 194 Note 444.

und konnte später ganz ebenso nachgefordert werden, wie solches bei der *actio certi* hinsichtlich des nicht in die formula aufgenommenen Restbetrages von X Tausend der Fall war.

Hiermit erledigen sich dann auch die von Keller und Lenel bezüglich der *actio incerti* geltend gemachten Bedenken, es schliesst sich die von ihnen offen gelassene Lücke¹⁾.

Keller meint, wir hätten hier den Fall einer Klage, durch welche der Kläger wegen der Einschränkung der *Condemnation* unmöglich das Ganze erhalten könne, und doch wegen der Allgemeinheit der *Intentio* seine ganze Forderung in *iudicium deducire* und *consumire*. Er ist fest davon überzeugt, dass es irgendwelche praktische Schutzmittel für den creditor gegeben haben muss. Diese Schutzmittel sucht Keller aber nicht in der formula selbst, sondern ausserhalb derselben, z. B. in der gleichzeitigen Ausklagung aller Mitbürgen, die, wie er sogleich einräumt, freilich nicht immer möglich gewesen sei. Einen sicheren Aufschluss hierüber vermag er in den Quellen nicht zu finden.

Auch Hasenbalg²⁾ spricht von einem besonderen, uns heute nicht mehr bekannten Mittel, durch welches die Klagenconsumtion bei der Theilung einer *actio incerti* abgewandt wurde, meint aber auch, dass die Quellen über den Charakter dieses Mittels keinerlei Aufklärung bieten.

Durch die *litis contestatio* mit dem ausgeklagten Bürgen in Beziehung auf den Theilanspruch wird jede weitere Forderung des Gläubigers gegen ihn aus der Bürgschaft beseitigt. Das kann angesichts klarer Quellenzeugnisse³⁾ nicht mehr in Frage gezogen werden und wird auch jetzt nicht weiter angefochten⁴⁾. Eine Meinungsverschiedenheit besteht nur über den rechtlichen Grund dieser definitiven Befreiung. Die einen sind der Ansicht, dass jene Vereitelung jedes ferneren An-

¹⁾ Keller, *Litiscontestatio* S. 569; vgl. Lenel, *Edictum* S. 171; ferner auch Girtanner, *Die Bürgschaft* S. 100 und 459 ff. — ²⁾ Hasenbalg, *Bürgschaft* S. 503. — ³⁾ L. 51 § 4, L. 52 § 1 Dig. de fidei. 46, 1, L. 16 Cod. de fidei. et mand. 8, 40, Theophil § 4 III, 20. — ⁴⁾ Einen anderen Standpunkt haben vertreten: Thibaut, *Pandekten* § 593. Mackeldey, *Institutionen* § 633. Sie gingen davon aus, dass es sich nur um eine provisorische Ausklagung eines Theiles handle und dass daher die fehlenden Beträge auch noch nachher von demselben Bürgen beigegeben werden können.

spruches auf die Wirkung der *Processconsumtion* zurückzuführen sei. Diese irrige Auffassung wurde besonders dadurch gestützt, dass man die Geltendmachung des *auxilium divisionis* sich regelmässig auf dem Wege der *exceptio* dachte. Da nach dieser Vorstellung die ganze Bürgenschuld als in *iudicium deducirt* erschien, so konnte man auch nur zu dem Schlusse gelangen, dass die ganze Forderung durch *litis contestatio* erloschen sei. Zugleich hatte man aber mit der Inconsequenz zu kämpfen, dass dessen ungeachtet die übrigen solventen und anwesenden Mitbürgen auch nachher aus der nämlichen Forderung belangt werden konnten. Zur Beseitigung jenes unlösbaren Widerspruches habe dann jenes apokryphe, auf uns nicht überlieferte Schutzmittel dienen müssen¹⁾.

Nach unserer Darstellung fand aber eine *Consumtion* nur in Beziehung auf die in *iudicium deducirte Theilklage* statt. Mit demselben Recht, mit dem der Rest des Bürgschaftsanspruches von den Mitbürgen nachgefordert werden konnte, hätte er auch von dem bereits ausgeklagten Bürgen beigegeben werden dürfen. Dass letzteres nicht mehr geschehen konnte, dafür bieten uns nur die Bestimmungen der *epistula Hadriani* selbst eine genügende Erklärung.

Es ist hier ausdrücklich gesagt, dass der ausgeklagte Mitbürge vor der *litis contestatio* eine Theilung der *actio*, falls gewisse Voraussetzungen zutreffen, fordern — *desiderare* — dürfe. Diese Theilung ist jedenfalls eine definitive und kann daher auch nur angefochten werden, wenn sich jene Voraussetzungen als irrig herausstellen sollten:

L. 52 § 1, Dig. de fidei. 46, 1, Papinianus: *Inter fideiussores actione divisa condemnatus si desierit esse solvendo, fraus vel segnitia tutoribus, qui iudicatum persequi potuerunt, damnum dabit: quod si divisam actionem inter eos, qui non erant solvendo, constabit, pupilli nomine restitutionis auxilium implorabitur.*

Ferner darf die Insolvenz des einen Mitbürgen dem anderen nur insofern zur Last fallen, als sie vor der *litis con-*

¹⁾ Hasenbalg a. a. O. S. 503 und die anderen bereits genannten Schriftsteller, namentlich Girtanner a. a. O. S. 460.

testatio vorlag¹⁾. Daraus ergibt sich, dass der Gläubiger durchaus nicht berechtigt ist, an dem einmal ausgeklagten Bürgen sich nachträglich noch einmal schadlos zu halten, falls er von den bei der Klagentheilung in Betracht gezogenen Mitbürgen später nichts erlangen sollte.

Auch die von Gaius — III, 121 — selbst betonte Analogie der *lex Furia* halte ich für passend²⁾. Niemandem fiel es ein, bei dieser von einer bloss provisorischen Theilung der Obligation zu reden; wie sollte man da ohne bestimmten Quellenhinweis darauf kommen, der *epistula Hadriani* eine nur vorübergehende Wirkung beizulegen.

Wäre endlich die endgiltige Befreiung des mit der Theilklage belangten Bürgen von allen weiteren Bürgschaftsverbindlichkeiten lediglich auf eine Klagenconsumtion zurückzuführen gewesen, so hätte bei dem Wegfall der letzteren die Wirkung des *auxilium divisionis* eine andere, beschränktere sein müssen. Nirgends aber finden wir einen Hinweis darauf, dass bei der Mandatsbürgschaft, welche die Klagenconsumtion nie kannte, besondere Regeln gegolten hätten, oder dass nach Beseitigung der Klagenconsumtion für die *fideiussio* durch L. 28 Cod. de fidei. 8, 40 die Wirkungen der *epistula Hadriani* sich überhaupt geändert hätten.

Bis zur Ausklagung wird die ganze Bürgenschuld als eine ungetheilte Verbindlichkeit jedes einzelnen Bürgen angesehen. Zahlt daher einer von ihnen ohne Rechtsstreit aus freien Stücken die ganze Schuld oder doch mehr, als bei einer Theilung nach den Grundsätzen der *epistula Hadriani* auf ihn entfallen würde, so kann er das über seinen event. Kopftheil Geleistete nicht zurückfordern, da er seine eigene Schuld erfüllt hat. § 4 Inst. de fidei. 3, 20 L. 49 § 1 Dig. de fid. 46, 1.

Aus dem gleichen Grunde darf der Bürge, welcher ohne jeden Vorbehalt einen Theil der gesamten Bürgenschuld gezahlt hat, auch nachher noch vom Gläubiger auf Leistung des Restes belangt werden. In einem solchen Falle kann er

¹⁾ § 4 Inst. de fideiuss. 3, 20 L. 26 Dig. de fideiuss. 46, 1. —

²⁾ v. Wening-Ingenheim a. a. O. S. 406 u. ff. behauptet sogar, „die *epistula Hadriani* sei aus der *lex Furia* hervorgegangen, in dieser sei der Grund zu jener zu finden“.

zwar hinsichtlich des ausgeklagten Betrages das *auxilium divisionis* in Anspruch nehmen, jedoch gestatten die strengen Regeln der *epistula Hadriani* nicht, das bereits Geleistete hierbei in Anrechnung zu bringen. Bei der Theilung soll eben die ganze noch ausstehende Forderung und alle hierfür haftenden Bürgen in Betracht gezogen werden. Wenn daher Papinian dennoch anerkennt, dass die vorher vom ausgeklagten Bürgen gemachte Abzahlung bei der Klagentheilung berücksichtigt werden solle, so konnte dieses nur vermittels einer *exceptio doli generalis* geschehen, welche dem Beklagten, was sehr bezeichnend ist, „*humanitatis gratia*“ gewährt wird:

L. 51 § 1 Dig. de fidei. 46, 1: Fideiussor, qui partem pecuniae suo nomine vel rei promittendi solvit, quo minus residui divisione facta portionis iudicium accipiat, recusare non debet: eam enim quantitatem inter eos qui solvendo sunt dividi convenit, quam litis tempore singuli debent. Sed humanius est, si et alter solvendo sit litis contestationis tempore, per exceptionem ei qui solvit succurri.

Der leitende Gedanke ist darin zu suchen, dass der Bürge seine Verpflichtung, wie sie durch die *epistula Hadriani* normirt wird, thatsächlich bereits früher erfüllt hat.

II.

Unter den drei Thatsachen, deren Nachweis die Voraussetzung der Klagentheilung bildete, verursachte, wie wir gesehen haben, die Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen bei weitem die grössten Schwierigkeiten. Diesem Umstande haben auch die Quellen Rechnung getragen, indem sie dem ausgeklagten fideiussor oder mandator für den Fall, dass die Anwendung des *auxilium divisionis* an dieser Frage in iure scheitern sollte, verschiedene Auswege einräumen.

1. Sollte es dem Beklagten nicht gelingen, die Solvenz seiner Mitbürgen vor dem Prätor gehörig zu bescheinigen, so kann er unter der Voraussetzung, dass dieselben anwesend sind, für ihre Zahlungsfähigkeit die Garantie übernehmen und alsdann die Theilung der Klage fordern.

L. 10 pr. Dig. de fidei. 46, 1 Ulpianus: Si dubitet creditor, an fideiussores solvendo sint, et unus ab eo

electus paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confideiussores conveniantur, in parte dico audiendum eum esse, ita tamen, et si satisdationes offerat et omnes confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint:

Auch mit dieser Stelle hat man wiederum die leidige Frage der Klagenconsumtion in Zusammenhang gebracht. Die Cautionsleistung des ausgeklagten Bürgen habe keinen anderen Zweck verfolgt als den, die Wirkungen der Klagenconsumtion zu vereiteln. Wie wir gesehen haben, kann eine solche Function dieser Garantie unmöglich beigelegt werden, weil nach einer Theilung der actio in iure eine Consumtion der nicht in iudicium deducirten Ansprüche überhaupt nicht eintreten konnte. Schon Windscheid hat davor gewarnt, den einzigen¹⁾ Zweck dieser Stelle in der Sicherung vor der Klagenconsumtion zu suchen, „jedenfalls haben die Compilatoren, indem sie die L. 10 pr. Dig. cit. trotz der L. 28 Cod. de fidei. 8, 40 aufgenommen haben, ihr eine von der Klagenconsumtion unabhängige Bedeutung gegeben“.

Für uns unterliegt es keinem Zweifel, dass Ulpian lediglich dem ausgeklagten Bürgen eine Erleichterung wollte zu Theil werden lassen. Er giebt ihm die Möglichkeit, falls es ihm nicht gelingen sollte, den Prätor in iure von der Zahlungsfähigkeit seiner Mitbürgen zu überzeugen, sich trotzdem wenigstens vorläufig die Vortheile des auxilium divisionis zu sichern. Deshalb ist es nothwendig, dass die übrigen Erfordernisse der Klagentheilung vorliegen, dass also vor allem die Mitbürgen anwesend sind²⁾. Für die einstweilen noch fragliche Solvenz der letzteren bot dann die satisdatio dem Gläubiger genügende Sicherheit.

2. Neben diesem Anspruch auf vorläufige Klagentheilung kann der ausgeklagte Bürge, falls es ihm nicht gelingen sollte, den Prätor zur Theilung der actio zu bewegen, sich eine ex-

¹⁾ Die Frage, welchen andern Zweck die in L. 10 pr. cit. enthaltene Bestimmung noch verfolgen könnte, lässt Windscheid freilich offen. Pandekten Bd. II § 479 Note 4. — ²⁾ „Si omnes confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint.“ Windscheid a. a. O. S. 808 legt die Betonung darauf, dass der in Anspruch Genommene Vorausklage gegen seine Mitbürgen verlange. Das ist gewiss auch richtig, indessen scheint die Bedeutung der Stelle gerade in der Klagentheilung zu liegen.

ceptio ausbitten mit dem Wortlaute „si non et illi solvendo sint“. Diese Einrede bildet keineswegs, wie man meist annimmt, das alleinige Mittel zur Geltendmachung des *auxilium divisionis*, vielmehr kommt sie ausnahmsweise neben dem regelmässigen Theilungsverfahren vor dem Prätor in iure zur Anwendung. Das kann angesichts ihrer ganz vereinzelter Erwähnung in den Quellen und der Darstellung des Paulus gar nicht bezweifelt werden:

L. 28 Dig. de fidei. 46, 1: Si contendat fideiussor ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam „si non et illi solvendo sint“.

Falls wirklich das *auxilium divisionis* laut Vorschrift der *epistula Hadriani* auf einer *exceptio* beruhte, welchen Sinn hätte da wohl die aphoristische Erwähnung der Einrede ohne jegliche weitere Erläuterung fast hundert Jahre nach ihrer angeblichen Einführung? Und welche Bedeutung käme alsdann vollends dem „etiam“ zu? Weist dieses Wort nicht gerade mit aller Bestimmtheit darauf hin, dass ausser der *exceptio* und zwar in erster Linie ein anderes Verfahren in Frage kam, neben welchem unter Umständen auch eine Einrede gewährt werden konnte?

Bei dieser *exceptio epistulae divi Hadriani* wäre dann in der That die Wirkung der Klagenconsumtion mit weit mehr Recht in Erwägung zu ziehen als beim gewöhnlichen Verfahren. Sehr einfach erledigte sich diese Frage bei der Mandatsbürgschaft. Hier ist eine Consumtion von vornherein ausgeschlossen, da jeder Mandator aus einer selbständigen Obligation haftet, welche bis zur völligen Tilgung des ganzen Bürgschaftsanspruches ununterbrochen in Kraft bleibt. Grössere Schwierigkeiten begegnen uns bei der *fideiussio* während der Herrschaft des classischen Rechts.

Keller¹⁾ und mit ihm die herrschende Meinung hat sich dahin ausgesprochen, dass der Klagenconsumtion freier Lauf zu geben sei. „Die Vorschützung dieser *exceptio*,“ sagt er, „hat, wenn der Kläger es darauf ankommen liess und sie vom iudex begründet erfunden wurde, gänzliche Abweisung desselben zur Folge gehabt. Gaius IV, 123.“ Hiernach scheint

¹⁾ Litiscontestatio S. 569 Note 15.

Keller anzunehmen, dass dem Kläger, wenn sich die Einredethatsache als wahr erwies, nicht einmal derjenige Betrag zugesprochen wurde, welcher auf den Kopftheil des belangten Bürgen entfiel. Diese Consequenz, welche aus den allgemeinen Processgrundsätzen hergeleitet wird, ist aber ganz exorbitant hart und müsste dahin führen, die Regeln der *epistula Hadriani* für diesen Fall ganz umzustossen. Wir dürfen nicht ausser Acht lassen, dass die erwähnte *exceptio* sich doch genau ebenso auf das kaiserliche Gesetz stützte, wie das regelmässige Theilungsverfahren vor dem Prätor in iure. In erster Linie wird also darauf gesehen werden müssen, dass alle hier in Frage kommenden Wirkungen im Einklang stehen mit den Vorschriften der *epistula*.

Nach dem Wortlaut der *exceptio* hatte der *iudex* zu untersuchen, ob auch „*illi*“, d. h. die Mitbürgen, zahlungsfähig seien. Diese an ihn gestellte Anforderung setzt natürlich voraus, dass ihm in der *formula* die einzelnen in Frage kommenden *confideiussores* genannt werden, und zwar mit Namens Erwähnung, da ja sehr wohl der Fall eintreten konnte, dass sich nur ein Theil der *confideiussores* als solvent erwies und die Prüfung dieses Umstandes doch bei jedem einzelnen gesondert vorgenommen werden musste. Daraus ergab sich weiter, dass der Prätor, selbst wenn die Bürgschaft auf ein *certum* gerichtet war, unmöglich in der *formula* vorausbestimmen konnte, was in die *condemnatio* zu setzen sein werde. Letztere war mithin unter allen Umständen eine *incerta*. Weiter schliesst sich hieran die Frage, ob nicht durch diese Gestaltung der *condemnatio* auch die *intentio* beeinflusst wurde? Es ist eine Eigenthümlichkeit der *formula incerta*, dass in dem Satze: „*quidquid ob eam rem dare facere oportet*“ *condemnatio* und *intentio* ineinander fliessen, da hiermit sowohl die Rechtsbehauptung, als auch die Rechtsfolge ausgesprochen wird. Da nun im Falle der Vorschützung einer *exceptio divisionis* es dem Kläger von vornherein ebenso unbekannt ist wie dem Prätor, ob überhaupt und in welcher Weise eine Theilung des Anspruches stattfinden werde, so ist m. E. die Vorstellung durchaus natürlich, dass er unter allen Umständen ein *incertum* intendirte, dessen Umfang dann der *iudex* nach Prüfung aller einschlägigen Thatsachen in seiner *condemnatio* fest-

stellte. Die formula musste demnach ohne Rücksicht darauf, ob die Bürgschaft selbst auf ein certum oder incertum gerichtet war, sich folgendermassen gliedern:

E. R. A.: quod Numerius Negidius cum Seio et Maevio XXX M. S. (sive incertum) pro Titio apud Aulum Agerium fide sua esse iussit, si non et illi solvendo sint, quidquid paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, condemna s. n. p. a.

Nach dem Wortlaute dieser formula bezog sich das desiderium des Klägers jedenfalls auf ein incertum, ein solches wurde auch in iudicium deducirt. Auch hier hatte sich der Gläubiger unter die Vorschrift der epistula zu beugen und von vornherein nur dasjenige zu intendiren, was sich in iudicio als Antheil des ausgeklagten Bürgen herausstellen werde. Dafür war er dann vor den Folgen der Klagenconsumtion geschützt und konnte die auf den zahlungsfähigen confideiussor entfallende Quote von diesen nachfordern. Nur musste er hier das Ende des Processes abwarten, während es ihm beim gewöhnlichen Verfahren freistand, bei einer auf certa pecunia gerichteten Bürgschaft die solventen confideiussores sogleich nach Abschluss des Verfahrens in iure und nach Theilung der Klage in Anspruch zu nehmen.

So kommen wir hier zum Schluss, dass die exceptio divisionis in ihren Wirkungen keine Abweichung von dem gewöhnlichen Theilungsverfahren in iure bedeutete, vielmehr lediglich dem ausgeklagten Bürgen eine Vergünstigung gewährte, indem er hierdurch die Möglichkeit gewann, einen in iure misslungenen oder nicht erbrachten Beweis in iudicio noch einmal zu versuchen.

Nach der von Keller vertretenen Auffassung konnte es auf Grund jener exceptio zu einer Theilung des Anspruches überhaupt niemals kommen. Unterlag der Beklagte mit seiner Einrede, so musste er unbestreitbar und in Uebereinstimmung mit den Regeln der epistula Hadriani alles zahlen, gelang ihm dagegen der Beweis, so verlor der Kläger seinen Anspruch und von einer Theilung war wegen eingetretener Klagenconsumtion keine Rede. Es ist hiernach überhaupt unerfindlich, weshalb dem Beklagten auferlegt wurde, die Solvenz seiner

Mitbürgen zu beweisen, da doch diese Thatsache nachher keinenfalls mehr ausgebeutet werden konnte und somit völlig bedeutungslos war. Die Solvenz der Mitbürgen stellt sich nach Keller als ein ausserhalb liegender Umstand dar, von dem in aleatorischer Weise die Entscheidung des Rechtsstreites zu Gunsten des Klägers oder Beklagten abhängig gemacht wurde. Angesichts dieser Auffassung ist doch wohl die Frage durchaus angemessen, wie die Würfel fielen, wenn sich ein Theil der vom Beklagten genannten Confideiussoren als zahlungsfähig erwies? Mit dieser Möglichkeit scheint man gar nicht gerechnet zu haben.

3. Schliesslich wäre hier noch eine Vergünstigung jedes einzelnen von mehreren Mitbürgen zu erwähnen, die zwar nicht unmittelbar aus der epistula Hadriani entsprang, wohl aber im Zusammenhang mit ihren Vorschriften stand. Zahlt nämlich der Bürge vor der *litiscontestatio*, ohne einen Anspruch auf das *auxilium divisionis* zu erheben, die ganze Bürgenschuld, so ist der Gläubiger verpflichtet, ihm die Theilklagen gegen die Mitbürgen abzutreten und zwar unter Zugrundelegung eines Forderungskaufes:

L. 17 Dig. de fidei. 46, 1 Iulianus: Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina; cf. damit auch L. 39 Dig. eod.

Durch diesen Act tritt dann der in Anspruch genommene Bürge seinen Confideiussoren gegenüber in die Stellung des Gläubigers ein. Auf ihn gehen daher nach den allgemeinen Regeln der Cession auch alle accessorischen Rechte der Forderungen über. L. 59 Dig. de fidei. 46, 1 und L. 11 Cod. de fidei. 8, 40.

Es ist undenkbar, dass diese Bestimmung anders als im Hinblick auf das *auxilium divisionis* getroffen wurde¹⁾. Von den „nomina ceterorum fideiussorum“ vor Erlass der epistula Hadriani zu reden, wäre ganz unzulässig gewesen, weil dem früheren Rechte die Haftung mehrere Confideiussoren als eine unzerlegbare Gesamtverpflichtung erschien. Da dem be-

¹⁾ Mit dem späteren benef. ced. act. hat die cit. lex nichts gemein, sie enthält durchaus keinen Hinweis auf jenes, wie heute irrtümlich sehr oft gelehrt wird.

langten Bürgen nur die „nomina ceterorum“, nicht aber die auf ihn selbst entfallende Theilforderung verkauft waren, so erledigt sich damit auch die Frage, was der Bürge, welcher das Ganze gezahlt hatte, von seinen Mitbürgen beitreiben konnte. Es ist selbstverständlich, dass er nur für die von ihm gekauften Forderungen Zahlung verlangen durfte.

Der ausgeklagte Bürge verliert jeden Anspruch auf das *auxilium divisionis*, wenn er die übernommene Bürgenpflicht dolose ableugnet und dadurch den Process chikanös in die Länge zieht. L. 10 § 1 Dig. de fidei. et mand. 46, 1.

III.

Die Anwendung der Rechtswohlthat der Klagentheilung ist im heutigen Recht eine beschränkte. Die meisten Gesetzgebungen haben sich gegen die Aufnahme dieser Vergünstigung ausgesprochen¹⁾. Die Gründe hierfür lassen sich, sofern sie nicht schon in den Motiven der fraglichen Gesetze angegeben sind, unschwer erkennen. Man fand, dass die Klagentheilung eine ungebührliche Benachtheiligung des Gläubigers, eine ungerechtfertigte Verzögerung seiner Befriedigung mit sich bringe. Und in der That lässt sich nicht leugnen, dass die Prüfung der Zahlungsfähigkeit jedes einzelnen Bürgen heute auf geradezu unüberwindliche Schwierigkeiten stösst. Diesem Zwecke entsprach besonders gut das Verfahren in iure des römischen Processes, wo ein einflussreicher und verantwortungsfreier Beamter nach seinem schrankenlosen Ermessen verfuhr. Heute sind wir mit dem *auxilium divisionis* ganz auf den Einredeweg verwiesen, der in classischer Zeit nur ausnahmsweise eingeschlagen wurde. Da hiernach wegen der Schwierigkeit jenes Beweises die Einrede wohl nur in den allerseltensten Fällen zu einem Ziele führen dürfte, so fragt es sich, ob angesichts ihres problematischen Nutzens dem Gläubiger all jene Verzögerungen und Weiterungen aufzuerlegen sind, die das heutige Einredeverfahren im Gegensatz zur schnellen und

¹⁾ Allg. Landrecht §§ 373. 374. 378. Oesterr. bürgerl. Gesetzbuch § 1359. Sächs. bürgerl. Gesetzb. § 1458. Allg. deutsches Handelsges.-Buch Art. 281. Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das Königreich Bayern Art. 873. Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. f. d. deutsche Reich Art. 673.

exacten Klagentheilung durch den Prätor in iure mit sich bringt. Es hat also die mit dem *auxilium divisionis* verbundene Nothwendigkeit, die Solvenz der Mitbürgen in Erweis zu stellen, dahin geführt, das ganze Institut zu discreditiren. Schon Justinian verhielt sich, wie wir gesehen haben, diesem Requisite gegenüber skeptisch. — Allein, wenn wir heute auch nicht mehr wie früher regelmässig den Prätor anrufen können, damit er die Theilung vornehme und den ausserordentlichen Weg der alten *exceptio* nicht mehr einschlagen mögen, so gestatten uns die Quellen immerhin noch eine Anwendung des *auxilium divisionis*, bei welcher zugleich die gerügten Nachtheile vermieden werden. — Es ist dieses der bereits vorhin besprochene, von Ulpian in L. 10 pr. Dig. de fidei. 46, 1 erwähnte Modus. Darnach empfiehlt sich folgendes Verfahren: Der ausgeklagte Bürge hat, wenn er die Rechtswohlthat der Klagentheilung für sich in Anspruch nehmen will, zunächst den Beweis zu erbringen, dass er Mitbürgen habe und dass sie im Sinne des heutigen Processrechtes anwesend seien. Die Feststellung dieser Thatsachen ist mit keinerlei Schwierigkeiten verbunden und kann eine unangemessene Verzögerung niemals herbeiführen. Ist jener Beweis gelungen, so hat der Beklagte dann die Solvenz seiner Mitbürgen nicht mehr darzuthun, vielmehr wird die Theilung des Anspruches sofort vorgenommen, wofern der Beklagte für die auf seine Mitbürgen entfallenden Quoten eine entsprechende *Caution* hinterlegt. Bei diesem Verfahren sind die berechtigten Ansprüche des Gläubigers ausreichend berücksichtigt und ihm eine allendliche Befriedigung ohne erhebliche Verzögerung gesichert. Andererseits wird auch der ausgeklagte Bürge es regelmässig vorziehen, durch *Cautionsbestellung* den ganzen Anspruch des Klägers vorläufig von sich abzuwenden und letzterem die Processführung mit den Mitbürgen zu überlassen, anstatt diese Last sich aufzubürden und nach definitiver Befriedigung des Gläubigers gegen die einzelnen Mitbürgen mit der *actio cessa* zu verfahren.

Während also die meisten heutigen Gesetzgebungen darin viel zu weit gehen, dass sie die Klagentheilung in keiner Gestalt mehr zulassen und damit fraglos die Billigkeit verletzen, die wir heute mit Vorliebe im Bürgenverhältniss walten lassen,

ist man in einigen Rechtsgebieten in den Fehler verfallen, die altrömische exceptio divisionis schlechtweg zu recipiren¹⁾. Hierdurch ist ein fürs praktische Leben abgestorbenes Institut wieder künstlich galvanisirt worden, welches in jener Fassung nicht nur ganz unzeitgemäss ist, sondern auch nach classischem römischem Recht nur ausnahmsweise neben einem anderen Verfahren zur Anwendung gelangte, dessen grosse Vorzüge wir leider nicht mehr verwerthen können.

Die offensichtlichen Nachtheile dieser exceptio haben dazu geführt, dass man sich heute durch Verträge regelmässig im Voraus ihren Wirkungen zu entziehen sucht.

Aus diesem Grunde glaube ich, dass jenes von mir empfohlene Verfahren die richtigen Schranken festsetzt, innerhalb deren eine Reception des auxilium divisionis im heutigen Rechtsleben nicht nur möglich, sondern sogar wünschenswerth ist, zumal hiermit die Einseitigkeiten, welche in der modernen Gesetzgebung zu Tage treten, vermieden werden.

¹⁾ Code civil Art. 2026. Badisches Landrecht Art. 2026. Liv. Est. und Kurländisches Privatrecht Art. 3350 und 4524 u. ff.

Miscellen.

Was Ludwig Zdekauer in seinem *discorso su l'origine del manoscritto pisano delle pandette giustinianee e la sua fortuna nel medio evo* (Siena 1890 pp. 38) an thatsächlich Neuem über die Florentiner Pandektenhandschrift beibringt, besteht in dem Bericht über die Reste zweier auf der Vorderseite des Schlussblattes einst befindlichen später getilgten Subscriptionen. Von der ersten, die er dem Schreiber des Codex selbst beilegt, hat er nichts wahrnehmen können, als dass sie lateinisch war und am Schluss der vierten Zeile ein unciales *o* übrig geblieben ist. Die zweite soll herrühren von einer Hand des neunten oder spätestens des zehnten Jahrhunderts, und zwar *di notaro del territorio langobardo-tosco*. Zdekauer liest *i[ste est] lib[er]* und nach einer Lücke von etwa 12 Buchstaben, von denen der vierte und der zehnte einen langen Schaft zeigen, das Wort *quidem*; das folgende ist abgeschnitten. — Von diesen Angaben, deren Richtigkeit vorausgesetzt, trägt die erste für die Geschichte der Handschrift nichts aus; so gut wie der Schreiber unter die Constitution *deo auctore* sein *lege feliciter* setzte, kann er am Schluss einen anderen lateinischen Vermerk angebracht haben. Aus der zweiten würde sich ergeben, dass die Handschrift im neunten Jahrhundert sich in Nord- oder Mittelitalien befunden hat, was sehr wohl der Fall gewesen sein kann, aber über den Ursprung der Handschrift nicht entscheidet. Was ich über diesen in der Vorrede meiner grösseren Ausgabe p. XXXVIII bemerkt habe, bleibt in vollem Umfang bestehen. Einen griechischen Schreiber fordert die Unterschrift unter dem 11. Buch: *εὐτυχῶς τῷ γράψαντι τοῦτο τὸ βιβλίον feliciter*; wenn der Abschreiber eines in der Hauptsache lateinischen Werkes sich bei seinen Vermerken theils des Lateinischen, theils des Griechischen bedient, so erklärt sich jenes aus der Beschaffenheit der ihm gestellten Aufgabe, dieses aber gestattet einen Schluss auf seine Persönlichkeit. Dasselbe folgt aus zahlreichen kleinen Schreiberversehen, zum Beispiel, wie dies a. a. O. nachgewiesen ist, aus dem zweiundzwanzigmal für u gesetzten ou. Alles dies wird von Zdekauer nicht bestritten, sondern verschwiegen, während er wegen meiner Bemerkung, dass der Ort, an dem die Abschrift genommen sei, sich nicht weiter

bestimmen lasse, mir *noncuranza* vorwirft. Diesen Vorwurf wird man gegen ihn allerdings nicht erheben können; aber eine Frage, die nicht gelöst werden kann, scheinhaft und falsch zu lösen ist ein sehr zweifelhaftes Verdienst. Die sogenannten Beweise, die für Entstehung der Handschrift in Ravenna beigebracht werden, sind so windig und nichtig, dass es nicht der Mühe lohnt, auf dieselben im einzelnen einzugehen. Sollte dieses Urtheil bestritten werden, so wird der Beweis nachgeliefert.

Th. Mommsen.

Nachtrag.

Auf meine Anfrage wegen der Rasur auf dem letzten Blatte der Florentina antwortet Dr. Ihm in Florenz:

„Die Pandektenhandschrift hat allerdings eine getilgte Subscriptio, die Angaben Zdekauers sind im ganzen richtig. Sie mag im 9. oder 10. saec. geschrieben sein. Ich konnte folgendes erkennen:



Der erste Buchstabe schien mir h sein zu können; hic est z. B. würde mit den Raumverhältnissen passen. Darunter nicht lesbare Spuren einer zweiten Zeile, der Rest des Blattes abgeschnitten.“

Th. Mommsen.

[**Pamphyllische Inschriften.**] Durch die von dem Grafen Lanckoronski bewirkten Explorationsreisen sind in der schönen Publication von Neumann und Petersen (Städte Pamphyliens und Pisidiens. Bd. 1. Wien 1890, S. 175 f.) einige Inschriften der kleinen Ortschaft Sillyon, im pamphyllischen Binnenland zwischen Adalia und Side gelegen, zum Vorschein gekommen, von welchen die römische Rechtsforschung Kenntniss zu nehmen hat. Vier auf dieselbe reiche Dame, Menodora des Megakles Tochter, bezügliche Ehrenbasen, ohne nähere Zeitkriterien, aber sicher aus guter Kaiserzeit, ergeben eine eigenthümliche Gliederung der Einwohnerschaft dieses Städtchens. Die gute Bürgerschaft wird hier in drei Kategorien getheilt, in Mitglieder des Raths (*βουλευται*), Mitglieder der Gerusia (*γεραιοι* statt des üblichen *γερονυσιασται*, wie C. I. Gr. 3916) und Mitglieder der Bürgerversammlung (*ἐκκλησιασται*), welche drei Kategorien im Range nicht gleich, aber sich sehr nahe stehen: bei den öffentlichen Vertheilungen erhalten sie einmal 88 — 84 — 78, ein anderes Mal 83 — 80 — 78, ein drittes Mal 20 — 18 — 18 Denare. Die zweite Kategorie bilden die Gemeindeglieder schlechtweg (*πολιται*); sie empfangen bei der zweiten der bezeichneten Ver-

theilungen 9, bei der dritten 2 Denare, also ungefähr den zehnten Theil der der besseren Classe zugewandten Spende. Die dritte Kategorie endlich bilden die meistens wieder in zwei Kategorien, *οὐνδίατοι* und *ἀπελεύθεροι*, geschiedenen Freigelassenen und die *incolae* (*παροικοί*), welche drei Abtheilungen bei den Spenden gleich behandelt werden: sie empfangen bei der ersten jener drei Spenden 4, bei der zweiten 3, bei der dritten 1 Denar; also ungefähr die Hälfte dessen, was dem gemeinen Bürger gegeben wird. — Gleichartige Kategorien kann ich sonst nicht nachweisen, aber sie haben sicher nicht bloss in jener kleinen Landstadt bestanden und es ist wohl möglich, dass davon noch weitere Spuren irgendwo sich verbergen. Der Gegensatz der Bule und der Gerusia in der kleinasiatischen Städteordnung und die geringe Rangverschiedenheit zwischen beiden städtischen Vertretungen sind anderweitig bekannt; aber neu ist die dritte beiden nahestehende Classe, die gleichfalls auf die angeseheneren Bürger beschränkte Ekklesia. Wenn in der Kaiserzeit die allgemeinen Comitien der Republik auch im Municipalwesen beseitigt worden sind, so ist bisher immer angenommen worden, dass dem Ordo die letzte Entscheidung beigelegt und den Comitien bei den Gemeindebeschlüssen höchstens eine formelle Mitwirkung geblieben ist; hier erkennen wir, dass noch ein anderer Weg daneben zu demselben Ziel geführt hat. — Auch der Gegensatz des 'Bürgers' und des Freigelassenen ist bemerkenswerth, obwohl begreiflich infolge der bekannten Thatsache, dass den letzteren schon in der späteren Republik das Stimmrecht und also das volle Bürgerrecht gemangelt hat. Der völlig neue Gegensatz¹⁾ zwischen dem *vindictarius* und dem Freigelassenen schlechtweg dürfte zu verstehen sein von dem nach römischem Recht Freigelassenen und dem Freigelassenen peregrinischen Rechts. In dieser Peregrinenstadt müssen die letzteren überwogen haben; aber da auch in ihr wie überall einzelne Familien römisches Bürgerrecht gehabt haben werden, so werden Freigelassene römischen Rechts daselbst auch vorgekommen sein.

Th. Mommsen.

[Römisches Recht in Thüringen um 1300.] Als Band XXIII^a der „Geschichtsquellen der Provinz Sachsen“ erschien Ende 1889 vom Stadtarchivar Dr. Carl Beyer in Erfurt bearbeitet der 1. Theil eines „Erfurter Urkundenbuches“, dessen einzelne Stücke bis auf das Jahr 1320 herabgehen. In meiner früheren Eigenschaft als Schriftführer der Historischen Commission der Provinz Sachsen hatte ich Veranlassung, den Herrn Herausgeber darauf aufmerksam zu machen, dass in einzelnen Ur-

¹⁾ Der Herausgeber vergleicht die Glosse bei Suidas: *οὐνδίατος ὁ κατὰ οὐνδίατον ἐλευθερούμενος*. Aber darin steckt wohl der livianische Vindicius.

kunden auffällig frühzeitige Beziehungen auf römisch-rechtliche Verhältnisse auftauchten; dieser Anregung ist nunmehr auch durch eine Bemerkung auf S. XIV der Vorrede, sowie im Wortregister durch Auf-führung der Stichworte „*constitutio divi Atriani*“ und „*lex Vellegiana*“ Ausdruck gegeben worden, doch dürfte es sich immerhin empfehlen, die so gekennzeichneten Urkunden mit einigen anderen, die in weniger hervorstechender Weise auf die Geltung und Anwendung römisch-rechtlicher Grundsätze im damaligen Geschäftsleben hinweisen, hier insbesondere zusammenzustellen.

Die in Betracht kommenden Stücke sind einmal Nr. 461 vom 20. September 1297, wo bei einer Güterübereignung eine mit ihrem Manne urkundende Frau Irmgart von Vargula zuerst für sich auf das Beneficium des „*Velliani senatusconsulto*“ (!) und „*iuris ypothecarum*“ verzichtet, sodann aber mit dem Gemahle und anderen Verwandten desselben erklärt: *renunciamus salva priori renunciatione ipsius Irmegardis in primis beneficio constitutionis epistole divi Atriani, item beneficio conditionis sine causa, actioni in factum, exceptioni doli mali, beneficio conditionis incerti, beneficio cuiuslibet fori, beneficio quanto minoris, beneficio restitutionis in integrum, exceptionibus, consuetudinibus, appellationibus et generaliter et specialiter omni beneficio et auxilio legis et canonis, iuris et facti, per quem seu per quod presens contractus in toto vel in parte posset viciari vel aliquoaliter retractari*. Sodann verpflichtet sich in Nr. 532 am 10. März 1307 der Burggraf Otto von Kirchberg nebst seinen Söhnen nach Beendigung eines Streites mit Erfurt, von allen Ausreden, durch die der eben geschlossene Vergleich wieder vernichtet werden könne, absehen zu wollen, in Sonderheit vom „*beneficio restitutionis in integrum, actioni in factum, doli mali, conditioni indebiti, conditioni ob causam et conditioni ob turpem causam, et generaliter omnibus iuribus et iuris beneficio, quibus — premissa — infirmari, retardari, vitiari possent in posterum vel rescindi*.“ Die ausdrückliche Erwähnung des *Senatusconsultum Velleianum* findet sich hierauf am 15. Mai 1308 in Nr. 544, wo eine Frau Irmentrud von Kleeberg als Vormünderin ihres Neffen mit den Worten urkundet: *super hac mea obligatione abrenuncio beneficio legis Vallegiane, qua cavetur mulierem non posse pro aliquo intercedere et omni alii iuris beneficio canonici vel civilis, quo — obligatio posset rescindi seu — infirmari*“. — Kürzer, aber ebenso schlagend heisst es alsdann in Nr. 554 vom 1. December 1309 bei Gelegenheit der lehnsherrlichen Bestätigung der Schenkung eines Lehngutes seitens eines Erfurter Bürgers an das Peterskloster: „*tradimus per presentes, renunciantes omni exceptioni omnique iuris beneficio tam canonici quam civilis, per que praedicta donacio — possit inpediri aliquatenus vel rescindi*“. Ebenso bekennt am 22. Juni 1312 (Nr. 568) Gertrud, die Gemahlin des Ritters Ulrich von Kobstedt, bei dem Verzicht auf ihre Rechte auf einen an zwei Geistliche verkauften Hof: *iuravi ad sancta sanctorum me nuncquam velle — implorare beneficium legis Valleyane, que in favorem mulierum est inducta*“. Ferner liegt in Nr. 576 vom 28. Juni 1314 ein Zeugniß des

Dechanten des Erfurter Marienstiftes über den Verkauf verschiedener Zinsen, die eine Reihe Erfurter Bürger vom Mainzer Erzbischofe innehatten, vor, wobei letztere sich der „*exceptioni sibi non dati, non soluti et non numerati precii, exceptioni doli mali, actioni in factum et universaliter omni exceptioni legis vel canonis, et specialiter legi, qua cavetur renunciationem generalem esse invalidam, per quam dicti contractus possent — vitiari seu rescindi*“ ent schlagen. Aehnlich wird in Nr. 578 vom März oder April 1315 durch den Erfurter Stadtrath bekundet, dass der Ritter Heinrich von Monra mit Frau und Kindern einem dem geistlichen Stande angehörigen Sohne das Verfügungsrecht über sein Erbe eingeräumt hätten, indem sie „*renunciaverunt — restitutioni in integrum, appellationibus, supplicationibus, privilegio dotis, actioni facti et in factum, exceptioni doli mali et iuri dicenti: generalem renunciationem non valere, et generaliter omni auxilio legis et canonis, iuris et facti, per que premissa — possent impediri — vel rescindi*“. Zuletzt wird in Nr. 583 vom 3. September 1315 bei der Uebereignung einiger Grundstücke seitens der Grafen von Schwarzburg an die Kirche eines bei Erfurt gelegenen Dorfes die Clausel eingeflochten: *renunciamus — omni privilegio, rescripto, statuto, consuetudinibus, exceptionibus, appellationibus, ac omni beneficio legis sive canonis, per quod — donacio — infirmari, viciari, retardari posset — vel rescindi*.

Es liegt auf der Hand, dass die Entwürfe zu diesen Urkunden nur aus einer Feder geflossen sein können, wenn Aussteller und Empfänger auch noch so verschiedenen Kreisen angehörten; vielleicht wird man nicht irre gehen, wenn man den Verfasser unter der Erfurter Geistlichkeit sucht, und nach dieser Richtung möchte nicht zu übersehen sein, dass gerade in der Zeit von 1296 bis 1309 drei Mal — in Nr. 445, 454 und 551 — ein Günther von Kerspleben als Notar der Erfurter Dompropstei oder des damaligen Propstes Lambert aus dem Geschlechte der Grafen von Gleichen vorkommt. So interessant es alsdann auch wäre, in ihm den Mann zu erblicken, der zuerst römisch-rechtlichen Anschauungen in thüringischen Urkunden Eingang verschafft hatte, so kann freilich die Art und Weise, wie er sich in den neuen Formen bewegt, uns keine allzu grosse Achtung vor seinen Kenntnissen in denselben abnöthigen.

Kiel.

W. Schum.

In den folgenden kirchenpolitischen Schriften und Canonensammlungen des 11. und 12. Jahrhunderts findet sich römisches Recht.

1) In dem *Liber contra eos qui dicunt regali potestati Christi ecclesiam subiacere* des Anselm von Lucca (ed. MG. SS. XII, 5). Es ist hier (a. a. O. XII, 8) unter der Rubrik *Ex Romanis legibus* die auch bei Deusdedit Libell. contra invas. et simon. et reliqu. schismat. aufgenommene Partie einer Decretale Johannes VIII mit Texten des Codex

Theodosianus aufgenommen (vgl. *Gesch. d. Quell. u. Lit. d. röm. R. i. früh. Mittelalt.* I, 93 Not. 1). Diese Zusammenstellung findet sich auch sonst, z. B. in der Schrift Anselms *Contra Wibertum* (ed. Canisius *Thes. Monum. Eccl.* [ed. Basnage] III, 372 sqq.), in dem *Liber de aedif. Dei* des Gerhoh von Reichersperg (ed. Pez [*Thes.* II, 2 p. 409]).

2) In der zwischen 1085 und 1086 verfassten Schrift *Ad amicum* des Bischofs Bonitho (ed. Jaffé, *Bibl. Rer. German.* II, 603 sqq.). Hier finden sich im zweiten Buche (a. a. O. II, 612. 613) Codextexte (1, 3, 10; 1, 1, 8).

3) In dem Decret genannten Werke desselben Verfassers, das bisher nur bruchstückweise gedruckt ist (ed. [A. Mai] *Patrum Nov. Bibl.* VII, 3 p. 1 sqq.). Ausser der bekannten und mehrfach gedruckten *Notitia de diversis iudicium generibus* (vgl. z. B. *MG. LL.* IV, 663) finden sich auch sonst Hinweise auf das römische Recht (N. 131. 132. 143. a. a. O. p. 60. 61. 66).

4) In einer im Jahre 1112 im Interesse der Curie in Sachen des Investiturstreits verfassten Streitschrift (ed. Schum, *Jahrb. d. Kgl. Akad. gemeinn. Wiss. zu Erfurt.* N. F. H. VIII, 257—278). Der Verfasser citirt insbesondere aus den Pandekten und der *Epitome Iuliani* (ex legibus Iustiniani) (vgl. a. a. O. VIII, 249—252).

5) In dem *Liber de honore* des Placidus von Nonantula (ed. Pez [*Thes.* II, 2, 75 sqq.]). Die Abfassung dieser Schrift fällt gleichfalls in die Zeit des Investiturstreits. Die Schrift enthält neben einem Text aus der *Const. Sirm. 1* (Cap. CLV) eine grössere Zahl von Capiteln aus der *Epitome Iuliani* (Capp. CLVII—CLXV [CLXVI?]).

6) Die folgenden Handschriften enthalten Canonensammlungen mit römischem Recht:

- a) Cod. R 127 der Nationalbibliothek in Madrid S. XII. XIII; vgl. *Wien. Sitz.-Ber.* CXIII, 263. 264. Es ist hier erwähnt, dass nach den Aufschriften als Quellen benutzt sind: *Liber Pandectarum, Novellarum institutio, Liber codicum, Cap. constitutionum.*
- b) Cod. E 44 der Nationalbibliothek zu Turin: vgl. v. Pflugk-Harttung, *Iter Ital.* p. 793—797. Die Handschrift enthält eine weitgehende Fälschung im Stile Pseudo-Isidors (vgl. *Zeitschr. f. Kirchenr.* 19, 361 ff.), an welcher von dem Ende des 12. bis in den Anfang des 13. Jahrhunderts gearbeitet worden ist. Benutzt sind auch Texte aus dem justinianischen Recht (sub N. 20^b, 66^b, 67).
- c) Auch eine vorgratianische Canonensammlung in Cod. 227 S. XII der früheren Bibliothek des Sacro Convento di St. Francesco in Assisi, über welche Ehrle, *Arch. f. Lit. u. Kircheng. d. Mittelalt.* I, 477, berichtet, dürfte römisches Recht enthalten, nach den Capitelrubriken zu schliessen (Ehrle selbst giebt unter den spärlichen Quellenangaben das römische Recht nicht an).

[**Pandekten bei Anselm von Lucca.**] Es ist bisher übersehen, dass die Canonensammlung Anselms (X, 30), deren Abfassung noch unter Gregor VII. fällt, im Cod. S. German. 939¹ (nach dem Apograph, Cod. Lips. 3528), inglichen im Cod. Vatic. 4983, unter der Rubrik *Ex legibus* einen Pandektext birgt (23, 2, 2). Die Zugehörigkeit des Textes zur ursprünglichen Sammlung unterliegt freilich, wie die verschiedener anderer Texte römischen Rechts (vgl. Maassen, Wien. Sitz.-Ber. XXXV, 91 Not. 4), ernsten Bedenken. Er fehlt im Cod. Vatic. 1364.

Amsterdam.

Max Conrat (Cohn).

[**Il MS. Torinese delle Istituzioni.**] Per mezzo di una nuova indagine sul MS. Torinese delle Istituzioni (Bibl. Nazionale D. III, 13) mi è stato possibile decifrare sul f. 89¹ una glossa, sconosciuta al Savigny forse perchè il colore dell' inchiostro è quasi svanito, che è di molto interesse storico. Essa proviene da una mano del secolo XI¹), ed è apposta alla parola *dampnum*. Inst. III, 24 §° 3 in fine: essa è formulata come segue;

Dampnum ÷ (est) amissio rei nostrae sine compensatione alterius.

È la stessa definizione, che cominciava fino ad oggi a trovarsi nella *Expositio libri papiensis* (Karol. M. 101, 3), dall' espositore erroneamente attribuita al Digesto, e che poi passava nelle seguenti scritture — *Expos. termin. usit.* 56, 57 — *Lib. de Ver. leg.* 62 — *Glo. di Colonia alle Ist.* n° 43 — *Excerpta dal MS. Parig. delle Ist.* Bibl. nat. latin. 4421 n° 34 (Flach — *Étud. crit. sur l'hist. d. D. R. au Moyen Age* p. 139) — *Distinzioni di Ugo MS. Parig.* 4603 ed. Savigny u. 87 — anche invertita per spiegare la voce *lucrum*. Si comprende quindi che all' espositore del libro pavese è pervenuta quella definizione dalle scuole romanistiche, giacchè precedentemente la troviamo nella Glossa Torinese. Inoltre trovandosi tale definizione nei MSS. dei testi giustinianeî sotto forma di glossa, considero come certa l'ipotesi del Boretius (*Praef. ad lib. Pap. LXXXIX M. G. Leges IV*) che l'espositore avesse dinanzi agli occhi un MS. glossato del Digesto, e forse con molte glosse, e che quindi potesse confondere il testo colla glossa riferendo al Digesto la definizione del *dampnum*.

La seconda osservazione, che ho fatta insieme col. Sig. Prof. L. Zdekauer sulla Glossa Torinese, è che vi sono comprese alcune glosse di scrittura del secolo XI, non pubblicate dal Savigny, le quali contengono alcune espressioni caratteristiche della scuola di Pavia. Scelgo gli esempi seguenti;

¹) Si osservi poi che il MS. proviene da un esemplare più antico, anche per ciò che riguarda la Glossa.

f. 62¹ Inst. lib. III, 2 § 37 v. Nos

vero legem Nota Capud ¹).

f. 63¹ Inst. III, 2 § 4 v. fratris filius set hoc rumpitur.

f. 83¹ Inst. III, 19 § 13 v. Post

mortem suam male est factum. non est
caput capituli.

Anche il fatto stesso che la glo. 423 ed. Krüger (Zeitschr. f. RG. VII, 1 p. 76) si riferisce alle formule *complevi et absolvi* proprie della carta romana, accenna ad origine non romana, anzi longobardistica delle chiosa, se si credeva necessario dare una illustrazione su cosa che ad una scuola romanistica non occorreva. Del resto anche la seguente considerazione convince che il MS. del quale parliamo è passato almeno per due distinte scuole.

Questa considerazione, che io faceva insieme col. Sig. Prof. Zdekauer sopra questo importantissimo MS., è la seguente. Nell' antico MS. delle Istituzioni si osservano due segni differenti per dividere il testo, cioè il segno del paragrafo e il segno del capitolo K. Il segno del paragrafo è inserito nel testo, mentre la lettera K si trova sempre nell' interlinea. Che questa lettera K significhi *kapitulum* è evidente di per se, e trova conferma nelle parole della riferita glossa

male est factum. non est caput capituli.

Questa glossa nello stesso tempo c' insegna, che sono due cose assolutamente differenti la divisione in paragrafi, e la divisione in capitoli²). L'errore dello scrivano al luogo cui si riferisce la glossa si spiega bene col fatto che in questo punto era apposto il paragrafo, che divide ancora il testo. La divisione in capitoli è più recente di quella in paragrafi, la quale è già inserita nel testo, mentre la prima è nell' interlinea. E questa divisione in capitoli era quella cui era informata la scuola donde proviene la detta glossa, la quale corregge secondo un testo diviso in capitoli. Che questa divisione era un prodotto della scuola, si rileva dal fatto, che al K interlineare corrisponde in margine nella riga sottostante il segno di un E, che invita il lettore a fermarsi (*explicit*?). Quindi si può concludere che la creazione della divisione in paragrafi è opera di una scuola differente da quella che ci dà la divisione per capitoli. La prima è evidentemente più antica, e quindi romanistica, mentre l'altra accenna ad una scuola più recente, la quale come abbiamo accennato di sopra ha tutti i contrassegni di una scuola longobardistica.

Una riprova di questo svolgimento storico della duplice divisione si ha nei primi nove fogli del MS. che sono, come è noto, di mano più recente. Difatti la lettera K dall' interlinea è passata nel testo, e coesiste col paragrafo, al quale talvolta corrisponde, tal' altra no. La duplice e distinta origine delle divisioni, e l'essere più recente la divi-

¹) Glo. n. 252 ed. Krüger. Zeitschr. f. RG. VII p. 67. — ²) Quanto alla divisione in capitoli delle Istituzioni molti esempi sono stati raccolti dal Sig. Prof. Fitting (Zeitschr. d. Sav.-Stift. f. RG. IX, 3 p. 374 seg.).

sione per capitoli, sono cose attestate dal fatto, che la const. *Imperatoriam maiestatem*, e il titolo *De iustitia et iure* conoscono soltanto la divisione per paragrafi, mentre il primo *kapitulum* comincia nel titolo secondo colle parole *Ius autem civile vel gentium*. Anche il segno marginale che nel testo più antico corrispondeva al K interlineare, ha presa una forma più recente che lo avvicina ad un s (f). Si noti amera, tornando a parlare del vecchio testo, che frequenti sono i richiami cui non corrisponde alcuna glossa: tal fatto prova che nel MS. archetipo esisteva una glossa più ricca; quindi questa scelta dimostra un lavoro critico, e però l'opera di una scuola.

Ammesso come vero ciò che è stato esposto, la glossa Torinese avrebbe seguita la medesima sorte incontrata dalle *Exceptiones Legum Romanorum* che passano da Ravenna¹⁾ a Pavia per essere nuovamente elaborate.

Pistoia.

Luigi Chiappelli.

¹⁾ Si noti che il testo più antico della Glossa Torinese riporta le parole greche sebbene storpiate e malintese, e quindi era più vicino al luogo di origine ove s'intendeva il greco, mentre il testo più recente omette le parole greche.

Litteratur.

A. Schneider. Der Process des C. Rabirius. Zürich, Friedrich Schulthess 1889. 50 S.

Die Auffassung Schneiders über den Gang des Processes geht kurz dahin, dass Rabirius zweimal wegen perduellio angeklagt wurde. In dem ersten Process wurde Rabirius nach seiner Verurtheilung durch die duumviri perduellionis, welche der Prätor auf Senatsbeschluss ernannt hatte, von den Comitien freigesprochen. Hierauf erneuerte der Volkstribun Labienus die Anklage wegen perduellio vor den Centuriatcomitien, in welchen er selbst den Vorsitz führte. Die Verurtheilung vereitelte der Prätor Metellus, indem er die Auflösung der Volksversammlung durch eigenhändiges Niederreißen der Fahne auf dem Janiculum erzwang. Der Referent hat sich von der Richtigkeit dieser Construction nicht überzeugen können. Die That des Metellus kann nach dem Zusammenhang der Diostelle (37, 26—28) nur auf den Process der Duumvirn bezogen werden. Dies beweisen besonders die Worte *ὅτι παρὰ τὰ νενομισμένα ἡ κρίσις ἐγγέγονται*, welche deutlich anspielen auf die früher gemeldete Bestellung der duumviri durch den Prätor: *καίτοι μὴ πρὸς τοῦ δήμου κατὰ τὰ πάτρια, ἀλλὰ πρὸς αὐτοῦ τοῦ στρατηγοῦ οὐκ ἔξόν αἰρεθέντες*. Welche Gesetzesverletzung Labienus durch seine Anklage begangen haben soll, ist unerfindlich. Nicht minder unverständlich ist es, was Dio bewogen haben sollte, den Anfang des ersten Processes in dieser Weise mit dem Ende des zweiten zu verkoppeln. Wenn den zuletzt angeführten Worten Dios der Sinn beigelegt wird (S. 9): „Sonst sind unsere Magistrate vom Volk gewählt, diese aber sind es nicht“, so scheint uns diese Interpretation sich zu weit vom klaren Wortlaut zu entfernen. Vielmehr bleibt die alte Ansicht, dass die duumviri perduellionis regelmässig durch Volkswahl bestellt wurden, und dass also im Fall des Rabirius ein besonderer Volksbeschluss dem Prätor die Wahl übertragen haben wird, unerschüttert.

Seit Niebuhr war man gewohnt, aus den Worten der Rede pro Rabirio III, 8: *nam quid ego ad id longam orationem comparem, quod*

est in eadem multae irrogatione perscriptum, hunc nec suae nec alienae pudicitiae pepercisse? zu schliessen, dass Cicero seine Rede in einem **Multprocess** gehalten. Um diesen zwingenden Schluss zu beseitigen, stellt Schneider (S. 25) folgende Erklärung auf: „Mir scheint, dass Cicero auch hier von einem wirklichen Strafantrag auf Fällung einer Busse nicht spricht, dass vielmehr der Ausdruck bildlich gebraucht ist, etwa wie wir sagen „in einem Athemzuge“ oder um im Bilde zu bleiben: auf einem Bussenzeddel.“ Ich glaube nicht, dass diese Auffassung viele Freunde finden wird. Die Unmöglichkeit, dass die Rede pro Rabirio in einem **Multprocess** gehalten wurde, will Schneider aus einer Reihe von Stellen (zusammengestellt S. 29) herleiten, wonach die Verurtheilung den Rabirius in die Verbannung getrieben hätte. Denn, wie es weiter heisst (S. 30), bei einer **Mult** „ist von der Strafe des Exils nirgends die Rede.“ Dagegen ist zu erinnern, dass das Exil als Strafe kein römischer Rechtsbegriff ist: der Angeklagte geht vielmehr freiwillig in die Verbannung, um den Folgen einer drohenden oder erfolgten Verurtheilung zu entgehen. Vgl. die schöne Darlegung Mommsens im Staatsrecht III S. 48 f. Ausserdem beziehen sich einige der von Schneider angeführten Aeusserungen Ciceros IX, 26—28 nach dem Zusammenhang der Rede offenbar auf den vorangegangenen **Perduellionsprocess**. Auch als indirecte Folge einer **Mult** will Schneider die Verbannung nicht gelten lassen: die **Mult** sei gesetzlich beschränkt gewesen, so dass sie immer den Charakter einer Vermögensstrafe behielt. Demgegenüber wollen wir erinnern, dass Mommsen, Staatsrecht I S. 159, für die spätere Zeit der Republik neben der (provocationsfreien) beschränkten **Mult** eine unbeschränkte, der Provocation unterworfenen annimmt. Endlich will ich noch darauf hinweisen, dass die Leitung der **Centuriatcomitien** durch einen Volkstribun bei einem **Perduellionsprocess** äusserst unsicher ist (die Leitung der Comitien wird man aus Livius 43, 16, 16 nicht folgern dürfen). Dagegen führt der **Multprocess** nothwendig zur Verhandlung vor den **Tributcomitien**, deren Leitung dem Tribunen natürlich zusteht.

Heidelberg, im October 1889.

A. v. Tuhr.

M. Voigt, Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Literalobligation der Römer. Leipzig 1887. (Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der Kgl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften Nr. VII.) 4°. 65 SS.

Der **Literalcontract**, und was damit zusammenhängt, gehört zu den verhängnissvollen Gebieten der römischen Rechtsgeschichte, welche immer wieder neue Untersuchungen veranlassen, weil die Fülle des überlieferten Stoffes stets aufs neue den Gedanken nahe legt, durch

richtige Gruppierung und Beleuchtung müsse Aufklärung erzielbar sein. Und doch werden jene Fragen immer wieder als in wesentlichen Stücken unaufklärbar zur Seite gelegt werden müssen, so lange nicht neues Material entscheidende Aufschlüsse giebt. Diese wenn man will pessimistische Meinung wird durch die Voigtsche Arbeit nicht widerlegt, sondern bestärkt. Die Prüfung des Materials, welches der gelehrte Verfasser mit gewohnter Gründlichkeit zusammengestellt hat, führt m. E. den unbefangenen Betrachter zu der Ueberzeugung, dass die Kellerschen Ausführungen (Sells Jahrb. I 93 ff., Institutionen 102 ff.), obwohl keineswegs über Bedenken erhaben, doch noch immer das Plausibelste sind, was über den Gegenstand geschrieben ist. Die davon abweichenden Resultate der Voigtschen Schrift halte ich für entschieden unrichtig. Es sei hier die persönliche Bemerkung gestattet, dass die Verzögerung dieser Besprechung zum Theil dadurch veranlasst ist, dass Referent die Hoffnung hegte, eine wiederholte Prüfung der Voigtschen Argumente und des bei Voigt nicht gerade übersichtlich zusammengestellten Materials werde ihn eines anderen überführen. Diese Hoffnung hat sich nicht erfüllt; vielmehr hat die erneute Prüfung den vorigen Eindruck verstärkt. Die Nothwendigkeit eines entschiedenen Protestes gegen Voigts Hypothesen ist inzwischen durch den Umstand verstärkt, dass man von angesehener Seite begonnen hat, die Voigtschen Resultate als gesicherten Besitz der Wissenschaft darzustellen (s. Sohm, Institutionen 3. Aufl. § 68, Czychlarz, Institutionen 1889 § 83). Da nicht jedermann in der Lage und geneigt ist, die Belegstellen, welche der Verfasser Satz für Satz seinem Texte beifügt, auf ihre Beweiskraft zu prüfen, so liegt die Besorgniss nahe, dass jene Meinung weiteren Boden gewinne, während in Wahrheit das beigebrachte Material an den entscheidenden Punkten den ihm zugemutheten Dienst völlig versagt.

* * *

In § 1: „Die argentarii und nummularii und deren Geschäftsbetrieb“, führt der Verfasser aus:

Die beiden „Geschäftsbranchen“ der argentarii und der nummularii bestanden etwa sechs Jahrhunderte hindurch in grundsätzlicher Verschiedenheit neben einander. Die argentarii betrieben privatgeschäftlich, aber unter staatlicher Aufsicht, das Bank- und Auctionsgewerbe. Ihre „Etablirung“ in Rom vollzog sich zu Anfang des 5. Jahrhunderts d. St., indem das griechische Institut der Trapeziten aus Latium, wohin es von Grossgriechenland her Eingang gefunden hatte, unter staatlicher Mitwirkung in Rom eingeführt wurde. Die nummularii wurden mit Einführung der Silberprägung im Jahr 486 d. St. (richtiger wohl 485 gemäss Plinius h. n. 33, 44) als staatliche „Münzwardeine“ eingesetzt und mit Prüfung des Münzmaterials sowie mit Justirung der Münzen betraut. Infolge des Umsichgreifens der Münzfälschungen wurden sie dann als öffentliche Münzprobirer in den Dienst des Publicums gestellt. Daraus entwickelten sich Geschäftsbeziehungen zum Publicum, welche allmählig die Gestalt des Bankbetriebes annahmen.

Argentarii und nummularii unterschieden sich aber auch jetzt noch dadurch, dass nur erstere auch Auctionatoren und nur letztere öffentliche Münzprobierer waren. Im 4. Jahrhundert n. Chr. wurden dann in durchgreifender Reform „wohl durch Constantin d. Gr. in Verbindung mit dessen münzreformatorischer Thätigkeit“ argentarii und nummularii unter der Bezeichnung *collectarii* zusammengefasst, „worauf dieselben (das sind doch die *collectarii*? — S. 522 — Ref.) von Julian im Jahre 363 ihrer Functionen als staatlicher Münzwardeine wie öffentlicher Münzprobierer enthoben und solche neu eingesetzten *zygostates* überwiesen wurden“. Die *collectarii* treten nun in die Stellung einfacher Bankiers zurück und werden in der späteren Legislation auch *trapezitae*, *argentarii*, von Justinian *ἀργυροπράκτοι*, *ἀργυροπράται* genannt.

Gegen diese Darstellung sind folgende Einwendungen zu machen:

1) Der behauptete „Durchgang“ der Trapeziten durch Latium (S. 515 A. 3) ist eine Unmöglichkeit. Er setzt voraus, Rom sei zu einer Zeit, als es längst im Besitz der latinischen Hegemonie war, gegenüber der latinischen Cultur kläglich im Rückstande geblieben. Diese vom Verfasser auch sonst beharrlich vertretene Annahme (vgl. Müller, Hdb. der klass. Alterthumswissenschaft IV 766 ff.) widerspricht so sehr aller Wahrscheinlichkeit und der Ueberlieferung, dass Referent sich der Kürze halber gestattet, auf Mommsen (Röm. Gesch. Bd. I⁷ 193 ff., 45 ff.) Bezug zu nehmen. Hinzuzufügen wäre etwa, dass speciell der von Grossgriechenland ausgehende Handelsverkehr, der doch vorzugsweise als Seeverkehr zu denken ist, auf Rom sicher ebenso früh und gleich stark eingewirkt hat wie auf die übrigen Latinerstädte.

2) Die Hypothese der Reform Constantins schwebt in der Luft. Dass Constantin mit seiner Münzreform auch Massnahmen hinsichtlich des Bankwesens verbunden hat, ist nicht unmöglich, aber nicht festgestellt. Die ihm von Voigt zugeschriebene Massregel hat er aber gewiss nicht getroffen. Die „Zusammenfassung“ der argentarii und nummularii, wie sie Voigt darstellt, würde nichts Geringeres bedeuten als die Monopolisirung des Bankbetriebes in der Hand der Münzbeamten (was die *collectarii* nach Voigts Darstellung ja bis Julian waren). Denn wenn auch von Voigt die „Zusammenfassung“ zunächst wohl als Ausdehnung der Amtsfunktionen der nummularii auf die derzeit vorhandenen argentarii gemeint ist, so müsste doch, da es sich nicht bloss um einen einmaligen Verleihungsact, sondern um eine Reform handeln soll, auch fernerhin die Eröffnung neuer Bankbetriebe stets mit Verleihung der Amtsfunktionen verbunden gewesen, das heisst von letzterer abhängig gemacht sein. Für diese nirgendwo bekundete, an sich schwer begreifliche und offenbar undurchführbare Massregel weiss sich Verfasser im wesentlichen auf nichts anderes zu berufen (S. 522 Anm. 28. 29), als auf die Gleichsetzung der Bezeichnungen *collectarius* und *nummularius* im vierten Jahrhundert, womit offenbar nicht der mindeste Beweis geliefert ist (s. Nr. 3). Dass ferner Rufinus

das Wort *τραπεζίτης* mit *collectarius* übersetzt hat, ist ebenso werthlos wie die philologische Weisheit des Suidas (s. Anm. 28 a. a. O.).

3) In der Constitution Julians von 363 (l. 2 C. Th. 12, 7; l. 2 C. lust. 10, 73) ist mit keiner Silbe die Rede von Enthebung der *collectarii* aus ihren Amtsfunktionen; die *collectarii* werden gar nicht genannt. Die Constitution ergiebt m. E. im Gegentheil, dass die Function, welche Julian den Zygostaten zuwies, bis dahin überhaupt nicht vertreten war, dass es sich um eine neue Einrichtung handelte. Insbesondere auch die *nummularii* können also um jene Zeit längst nicht mehr amtliche Münzprobierer gewesen sein. Die *collectarii* aber des vierten Jahrhunderts sind ebenso wie die *collectarii* des fünften Jahrhunderts (Nov. Valent. 14, 1, vgl. Marquardt, Röm. St.-V. II², 46, Anm. 45) staatlich angestellte Geldwechsler. Dass *nummularius* gleichbedeutend mit *collectarius* gebraucht wird (vgl. besonders Symmachus rel. 29, 1), beweist auch hier nichts für Voigt, vielmehr nur dies, dass *nummularius* in jener Zeit den Wechsler bezeichnet.

Alles Neue in den Voigtschen Ausführungen muss somit als unbegründet bezeichnet werden.

Im einzelnen ist noch folgendes geltend zu machen:

Zu Anm. 13 (S. 518): Livius XXIV, 18, 13 ff. soll beweisen, in welchem Masse das Bedürfniss bestand, flüssige Gelder bankmässig unterzubringen, indem nämlich das Publicum im Jahre 540 d. St. sich dazu drängte, seine Gelder dem Aerarium in bankmässige Verwaltung zu geben. In Wirklichkeit handelt es sich dort um Darlehen, welche dem leeren Staatssäckel patriotisch gewährt werden („ad sustinendam inopiam aerarii“ „manavit ea privatorum benignitas ex urbe etiam in castra, ut non eques . . . stipendium acciperet“).

Zu S. 525 (Aufzählung der einzelnen zum Bankgewerbe gehörenden Geschäfte): Hier ist das in l. 7 § 2 D. 16, 3 („cum nummulariis“, vgl. l. 67 § 1 D. 17, 1) bezeichnete Societätsgeschäft übersehen, wobei der Client Capital und der Bankier seine Geschäftserfahrungen und Verbindungen sowie die Mühewaltung einschiesst, während der Gewinn prozentual getheilt wird.

* * *

In § 2: Die Geschäftsbücher des *argentarius* wie des Hausherrn“, wird folgendes dargelegt:

Bevor die *argentarii* „ihre überlieferten Geschäftsbücher aus Latium mit nach Rom brachten“, führte man in Rom nur Vermögensbestandsbücher (*libelli patrimonii* s. *familiae* und *kalendaria*). Die demnächst zuerst von den vermögenderen Bürgern nach dem Vorbild der argentarischen Buchführung angenommene, schliesslich allgemein eingeführte Buchhaltung der späteren Zeit umfasste ausserdem:

- 1) Die Kladde (*adversaria*, *ephemeris*),
 - 2) den *codex rationum*, welcher griechischer Herkunft ist,
 - 3) den *codex accepti et expensi*, der lateinischen Ursprungs ist.
- Die Natur der *Adversarien* ergiebt sich von selbst. Der *codex rationum* ist das Hauptbuch, worin chronologisch alle Vorgänge ge-

bucht werden, welche entweder den Kassenbestand verändern oder ohne numeratio eine Obligation begründen, ändern, beendigen. Dieser codex wird meist in einzelne Conti (rationes) zerlegt. Der argentarius insbesondere hat für die einzelnen Clienten rationes mensae (Conto-current-Folien, Giro-Conti). Der Private richtet seine Conti nach anderen Gesichtspunkten ein, z. B. als ratio praedii, pecoris, frumentaria; aber auch er hat seine ratio argentaria. Von besonderer rechtlicher Bedeutung sind diese codices rationum und die einzelnen rationes nicht; sie kommen höchstens als Beweismittel in Betracht. — Anders der codex accepti et expensi. Dieser ist „Literalgeschäftsjournal“ d. h. er dient grundsätzlich nur den Literalcontracten. Es finden sich demgemäss ursprünglich darin nur folgende Eintragungen: 1) expensilatio, 2) acceptilatio, 3) transcriptio — a re oder a persona, 4) receptio (sic) argentarii. Später aber, nachdem mutuum und depositum „zu Contracten erhoben waren“, wurden inconsequenter Weise, aus besonderen Gründen (S. 543 Anm. 53), auch diese beiden Geschäftsarten als sog. nomina arcaria (Gai. III, 131) in den codex accepti et expensi eingetragen. Dabei aber bewendete es. Alle anderen Geschäftsarten, insbesondere Kaufgeschäfte und Stipulationen blieben von diesem codex ausgeschlossen. —

So der Verfasser. — Die Vermögensbücher und Adversarien, bezüglich deren Voigt die allgemeine Ansicht theilt, können und werden im folgenden eben deswegen auf sich beruhen bleiben. Um so entschiedener ist Widerspruch gegen Voigts Ausführungen über die anderen codices zu erheben, welche von den bisher geltenden Anschauungen völlig abweichen.

Es ist nicht genau, wenn Sohm (Institutionen 3. Aufl. S. 277), übrigens im Anschluss an Voigts eigene Darstellung (s. besonders S. 533 Anm. 16, S. 536 Anm. 20, S. 550 Anm. 81), als das wesentlich Neue an der Voigtschen Ansicht den Satz bezeichnet: „der c. rationum und der c. accepti et expensi sind nicht identisch, sondern von einander zu unterscheiden“. Die Unterscheidung der codices a. et expensi von anderen Bucheinrichtungen, welche Voigt unter der Bezeichnung codices rationum zusammenfasst, insbesondere die Ausscheidung des argentarischen codex rationum ist weder neu (vgl. ausser Heimbach und Zentner, die Voigt nennt, auch Keller, Instit. 106, Savigny, Verm. Schriften I 240, Marquardt, Röm. St.-V. II³ 67—69) noch entscheidend für des Verfassers Ansicht. Die Unterscheidung als solche kann auch hingehen, wenn man sich nur das Richtige dabei denkt. Zweifellos haben die Römer ausser dem c. accepti et expensi andere Bucheinrichtungen gehabt, für welche die Bezeichnungen rationes, liber rationum, codex rationum vorkommen (der letztere Ausdruck findet sich nur in l. 10 § 2 D. 2, 13, und zwar für das argentarische Contocurrentbuch). Neu und unrichtig jedoch ist die von Voigt angenommene Beschränkung des codex accepti et expensi auf ganz bestimmte, eng begrenzte Functionen und die Charakterisirung des codex rationum, welcher sich technisch nur bei den Bankiers findet, als des von allen

römischen Bürgern geführten Hauptbuches. Da hier das *πρῶτον ψεύδος* steckt, welches den Verfasser zu manchen weiteren Unrichtigkeiten führt, so muss näher darauf eingegangen werden, als es auf den ersten Blick geboten erscheint.

Wir kennen ziemlich genau die argentarische Einrichtung, welche in l. 10 § 2 D. 2, 13 als *codex rationum* bezeichnet wird, ein specifisch dem Bankverkehrsbedürfniss entsprungenes Institut, welches unserem Begriffe des Contocurrentfolio mit der Massgabe entspricht, dass es zugleich die Functionen des Giro-Contos erfüllt. Genaue Nachweisungen darüber finden sich bei Marquardt, Röm. St.-V. II³ 68, was Voigt auffallender Weise unerwähnt lässt. Ausserdem tauchen gelegentlich specielle Bucheinrichtungen unter dem Namen *rationes* auf, für welche sich kein anderer gemeinsamer Begriff als derjenige des Special-Contos aufstellen lässt. Da ist z. B. ein *liber rationum* (l. 46 § 5 D. 26, 7), welchen der Vormund betreffs der Verwaltung des Mündelvermögens führt; da sind ferner *rationes* über die einzelnen Zweige einer Gutswirthschaft und über das Geschäftsverhältniss zum Bankier (Cato de re rust. c. 2). Vielfach sind solche *rationes* nichts weiter als *particulare Vermögensbücher*; so die *ratio pecoris nati aut amissi*, welche Columella XI, 2, 44 nennt; vgl. auch l. 7 § 2 D. 33, 10 (Voigt, S. 535 Anm. 19). Eine Reihe von anderen Fällen findet sich bei Brissonius verb. *ratio*. Dass diese *codices rationum*, wie man sie mit selbstgewähltem Ausdruck immerhin bezeichnen mag, nicht mit den *codices accepti et expensi* identificirt werden dürfen, liegt auf der Hand und ist, wie gesagt, nichts neues. Aber auch nur in diesem negativen Sinn darf man die Gesammtheit jener Special-Conti dem *codex accepti et expensi* gegenüber stellen. Als positive, feststehende Einrichtung erscheint innerhalb jener regellosen Mannigfaltigkeit nur der argentarische *codex rationum*. Einen entsprechenden „*codex rationum domesticarum*“ (der Ausdruck ist wiederum von Voigt gebildet) und damit den Generalbegriff des *codex rationum* (Voigt S. 531) nachzuweisen, ist dem Verfasser nicht gelungen. Von den zahlreichen Aeusserungen, welche er (S. 531 ff. Anm. 11—18) als Belege zusammenstellt, ist nicht eine einzige beweisend. Dieselben sprechen entweder speciell vom *codex accepti* (freilich nicht mit diesem Ausdruck) oder von Special-Conti oder von den Bucheinrichtungen überhaupt. Man kann dem Verfasser nur soviel zugeben, dass die Stellen auf den ersten Blick seiner Behauptung nicht zu widersprechen scheinen; aber dies auch nur deshalb, weil sie so allgemein gehalten sind, dass sie, an und für sich, weit auseinander gehenden Vorstellungen Raum lassen. Die Stellen reden schlechtweg von *tabulae*, *rationes*, *codices*. Warum aber darunter andere *codices* als der *codex accepti et expensi* zu verstehen seien, dafür bleibt Voigt die Begründung schuldig.

Man wird gegen das Verlangen solcher Begründung einwenden, dass umgekehrt die Identität des *codex accepti* mit den in jenen Stellen erwähnten Büchern von dem bewiesen werden müsse, der sie behaupte. Dieser Einwand rechtfertigt natürlich nicht die Voigtschen Behauptungen.

Aber er ist doch insofern berechtigt, als auch die herrschende Meinung eine blosse Hypothese ist, wenn der uns angesonnene Beweis nicht erbracht werden kann.

Dieser Beweis ist indessen m. E. unschwer zu führen. Man muss sich nur vor allem frei machen von dem verbreiteten Vorurtheil, dass ausschliesslich oder auch nur vorzugsweise die Ausdrücke *codex* und *tabulae accepti et expensi* bezeichnend für diejenige Bucheinrichtung seien, für welche Cicero einige Male diese Ausdrücke gebraucht. M. W. findet sich die Bezeichnung *codex accepti et expensi* ausschliesslich in der Rede für Q. Roscius (hier dreimal: I, 4 — 2, 5 — 3, 9). Daneben kommt ebendort (I, 2) *tabulae accepti et expensi* vor, und diese Wendung findet sich ausserdem noch einmal in der zweiten Verrine (II, 76, 186). Im orator endlich (47, 158) gebraucht Cicero einmal die Form *accepti tabulae*, welche von einzelnen Philologen ausserdem auch in der zweiten Verrine (I, 23, 60) gelesen wird (vgl. dazu Pseudo-Asconius). — Hiermit ist das Vorkommen jener Bezeichnungen m. W. erschöpft. Schon die Spärlichkeit dieses Materials spricht gegen die den Ausdrücken von den Neuern vielfach zugeschriebene technische Prägnanz. Es herrscht denn auch wenigstens darüber Einhelligkeit, dass nicht bloss dort, wo diese Ausdrücke gebraucht sind, es sich um die durch sie bezeichnete Bucheinrichtung handelt. Cicero gebraucht im Zusammenhang der eben bezeichneten Stellen anstatt der in Frage stehenden Ausdrücke weit häufiger das blosse „*tabulae*“. Es kann deshalb unmöglich bestritten werden, dass auch dieser Ausdruck zur Bezeichnung jener Bucheinrichtung verwendet wurde. Voigt selbst bezieht ausser jenen Stellen auch einige solche auf den *codex accepti et expensi*, wo das „*tabulae*“ allein, ohne Danebenstehen jener anderen Ausdrücke vorkommt, z. B. Cicero orat. part. 37, 130 „*tabulae, pactum conventum, stipulatio*“, pro Caecina 6, 17 „*tabulas averterit*“, Plautus, Trucul. I, 1, 52 „*pro tabulis, ubi aera perscribantur usuraria*“. Schon auf Grund dieses unstreitigen Materials ist also die Feststellung nicht abzuweisen, dass der Ausdruck „*tabulae*“ zur Bezeichnung jener Buchführung ebenso häufig, ja häufiger vorkommt als „*codex*“ oder „*tabulae*“ „*accepti et expensi*“. Ist dies aber richtig, so müssen durchschlagende Gründe vorliegen, wenn man in anderen Stellen, wo *tabulae* zur Bezeichnung der häuslichen Buchführung verwendet wird, eine andere Art der Buchführung finden will. Die Präsumtion spricht offenbar für die Identität. Voigt nun gibt überhaupt keinen Grund an, warum er den Ausdruck in den auf S. 534 mitgetheilten Stellen anders verstehen will als in den soeben genannten. Sein Beweggrund ist offenbar der, dass in jenen Stellen von der Eintragung solcher Geschäfte die Rede ist, welche nach seiner Ansicht nicht in den *Codex accepti* gehörten, ja dass theilweise in den Stellen ausdrücklich gesagt ist, jede Vermögensveränderung sei bei gewissenhafter Führung der *tabulae* aus denselben zu ersehen. Das passt natürlich nicht zu Voigts Begriff des *codex accepti*. Aber dass dieser Begriff richtig sei, soll ja erst durch jene Stellen bewiesen werden.

Voigt bewegt sich somit im Cirkel und bleibt beweisfällig, wobei daran erinnert sei, dass es sich augenblicklich noch allein um die Stellen handelt, in welchen *tabulae* schlechthin steht (Cicero in Verrem II. I, 23, 61 und 49, 128; II. IV, 6, 12; pro Cluentio 12, 54; 14, 40; 30, 82; pro Fonteio 5, 11; ad Atticum 12, 17; l. 29 § 2 de leg. III^o). Doch nicht bloss eine von Voigt unwiderlegt gebliebene Präsumtion spricht für die herrschende Meinung. Vielmehr ist die Identität durch ein starkes positives Moment gestützt, welches darin beruht, dass die Römer, so oft sie von *tabulae* im Sinne der Buchführung schlechthin sprechen, niemals für nöthig halten, näher zu sagen, welchen Codex sie meinen. Es wird von den *tabulae* gesprochen, ohne Andeutung, dass es noch einen anderen codex gebe (abgesehen von den sehr deutlich unterschiedenen Adversarien)! Ueberall die stillschweigende Voraussetzung, dass, wenn man von *tabulae* spreche, jedermann dies verstehe und kein Missverständniss möglich sei. Und so haben es denn auch, soviel bekannt, alle Schriftsteller, die sich mit dem Gegenstand beschäftigt haben, vor Voigt verstanden, ein Beweis, dass diese Auffassung jedenfalls die natürliche ist. Es kommt ferner hinzu — und ich kann mich hier auf Voigts eigene Ausführungen S. 532 Anm. 12 — 14 beziehen —, dass die Terminologie des *expensum* und *acceptum*, welcher das angebliche „Literalgeschäftsjournal“ seinen Namen *codex accepti et expensi* verdankt, sich auch bei dem angeblichen *codex rationum* findet. Sowohl *expensum*, *acceptum ferre*, als *tabula* und *ratio accepti, expensi* sind, um mit Voigt zu reden, beiden *codices* eigen, eine That-sache, die Voigt sich so zurecht legt, dass er ohne jede Rechtfertigung behauptet (S. 544), diese beim *codex accepti* stets technisch gewesene Terminologie sei erst später auf den *c. rationum* übertragen. Wie soll man sich denn erklären, dass gerade dasjenige Buch jene Terminologie erzeugte, welches principiell gar nicht über *accepta* und *expensa*, sondern über „rein literale“ Vorgänge Aufschluss gab? Wie ist es ferner denkbar, dass man den Namen *codex accepti et expensi* angewandt haben sollte zur Unterscheidung von einem *codex*, der viel eigentlicher die Buchung der *accepta* und *expensa* enthielt, bei dem jedenfalls Buchungen mit eben diesen Namen vorkommen? Kurz, alles spricht für die Identität der *tabulae* in den letztcitirten Stellen mit dem *codex accepti*. Und somit beweisen diese Stellen, dass in den letzteren auch Kaufgeschäfte (Cicero in Verrem II, 1, 23, 61, II, 4, 6, 12, II, 4, 12, 28), Sponsionen (Cicero ad Atticum 12, 17), Vergleiche (Cicero pro Cluentio 12, 54), Schenkungen (pro Cluentio 12, 28), Erbschaftserwerb (l. 29 § 2 leg. III^o), überhaupt alle Vermögensvorgänge eingetragen wurden, derart, dass, wie es pro Cluentio 30, 82 heisst, bei gewissenhafter Buchführung „*nihil possit neque additum, neque detractum de re familiari latere*“, und Cicero pro Font. 2, 3: „*ratio litterarum confectioque tabularum habet hanc vim, ut ex acceptis et datis quidquid fingatur aut surripiatur aut non constet appareat*“. Auch die Stelle des Pseudo-Asconius (Orelli p. 175) über die *domestica ratio* würde übrigens diesen Beweis liefern, wenn diesem Scholiasten in historischen Dingen zu

trauen wäre. Denn er liest ja im Ciceronianischen Text das erst von der neueren Kritik verworfene *accepti tabulas*, will also recht eigentlich eine Beschreibung des *codex accepti et expensi* geben. Dazu stimmt die Notiz über die *chirographa*. Die ganze Stelle, obgleich Voigt sie S. 534 an die Spitze stellt, kann also wohl gegen, aber unter keinen Umständen für Voigts Hypothese verwendet werden.

Es ist nach dem Gesagten nicht erforderlich, auf die Stellen mit den Ausdrücken *ratio*, *rationes* genauer einzugehen. Ueber den *liber rationum* in l. 46 § 5 D. 26, 7 ist bereits gesprochen. Petronius 53, Suetonius Iulius 47, l. 6 § 4 D. 33, 8, l. 15 § 2 D. 34, 1, l. 40 pr. D. 40, 7, l. 22 § 8 D. 17, 1 sprechen allgemein von der Eintragung in „die Bücher“, l. 1 Cod. Iust. 2, 1 in der gleichen Weise von deren *Exhibition*. Columella de re rust. XII 3, 6 redet abstract von Belastung des „Budgets“. In l. 6 D. 40, 1 ist unter *suae pecuniae ratio* wohl ein Specialconto zu verstehen. In l. 26 D. 33, 8 dürfte das Kalendarium gemeint sein. Mag sich dies nun im einzelnen verhalten, wie es wolle, so ist aus den Stellen für die Voigtschen Behauptungen nichts zu gewinnen, weil die Differenzirung eines *codex accepti* und eines *codex rationum* im Voigtschen Sinn daraus niemals erwiesen werden kann, so lange die vorher behandelten Stellen entgegenstehen.

Dieser negativen Kritik ein positives und befriedigendes Bild der römischen Buchführung gegenüber zu stellen, muss Referent sich ausser Stande bekennen. Nur Vermuthungen können gewagt werden. Mit der von Keller eingeführten Fragestellung, ob die Hausbücher *Contocurrent-* oder *Cassabücher* gewesen seien, ist m. E. die Complicirtheit der Verhältnisse unterschätzt. Ich möchte überhaupt nicht an ein einziges strictes Schema glauben. Das Hauptbuch des Bankiers muss anders ausgesehen haben, als dasjenige des kleinen Bürgers. Die centrale Buchführung des mit vielen *Procuratoren* arbeitenden Capitalisten bot sicher ein anderes Bild als die *tabulae* des von der Hand in den Mund lebenden Kleinbauern. Wer sein Geld in Steuerpachtungen angelegt hatte, musste anders buchen als der *Latifundienbesitzer*. Wer mit Kalendarien arbeitete, für den erledigte sich durch diese ein Theil der Functionen, welche sonst den *tabulae accepti* zufielen. Ich nehme mit Keller an, dass die Hausbücher ursprünglich *Cassabücher* waren, dass es aber je länger je mehr üblich wurde, die Buchführung mannigfaltig zu modificiren. Die Modificationen mussten sich vorzugsweise auf die Theilung der Buchführung und die Abzweigung von *Specialconti* beziehen, und diesen Gedanken hervorgehoben zu haben, ist ein Verdienst der Voigtschen Schrift. Die Einheit der Buchführung, durch den Zweck der Sache gefordert, durch die römische Sitte und den Censor anscheinend besonders streng geheischt, konnte und musste daneben durch ein summarisch gehaltenes Hauptbuch beobachtet werden, und so konnte man immer noch von einem *codex accepti et expensi*, von einer *domestica ratio* sprechen, als die alte Sitte, in einen *codex* alle *accepta* und *expensa* einzutragen, nur noch von wenigen Bürgen festgehalten wurde. In diesem Sinne erscheint die in den Quellen uns entgegen-

tretende Einheitlichkeit der Buchführung, welche wir gegen Voigt betonen mussten, nicht als Gegensatz, sondern als Zusammenfassung der Mannigfaltigkeit, welche gegen die bisher vorherrschende Auffassung hervorzuheben nicht überflüssig ist. Voigt hat in letzterer Hinsicht schätzenswerthe Anregungen gegeben, die nur leider durch sein unrichtiges Hauptresultat in Schatten gestellt sind.

* * *

Der Verfasser behandelt in § 3 sodann: „Die Formulirung der Einträge in dem *codex accepti et expensi*“ und kommt dabei zu folgenden Resultaten:

1) Die bisherige Annahme, dass dem *expensum ferre* des Gläubigers ein *acceptum ferre* des Schuldners entspreche, ist irrig. Vielmehr entspricht dem gläubigerischen *expensum ferre* ein schuldnerisches *expensum referre*. *Acceptum ferre* ist die Eintragung des Schuldners, wodurch die Literalobligation gelöst wird, und dieser Eintragung entspricht ein vom Gläubiger bewirktes *acceptum referre*. Die Gegenbuchung ist in beiden Fällen durch Ordnung und Sitte, aber nicht juristisch geboten. Denn die *literae* im Sinne der erforderlichen Geschäfts-Sollennität sind in beiden Fällen vorhanden, wenn nur das *ferre* gehörig geschehen ist.

2) Das *ferre* muss *verbis sollenibus* geschehen, nämlich bei einfacher *expensilatio* mit den Worten: „X af N° N° *promissa expensa* N° N° *fero*“, bei der *transscriptio a re in personam*: „X af N° N° *ex causa debita expensa* N° N° *fero*“, bei *transscriptio a persona in personam*: „X af Titio *debita expensa* N° N° *fero*“, bei *acceptilatio*: „X A° A° *debita accepta fero*“.

3) Auf der *accepti tabula* stehen: *expensilatio* und *accepti relatio*, auf der *expensi tabula*: *expensi relatio* und *accepti latio* (S. 563).

4) Die *receptio argentarii*, „ein *literales constitutum debiti alieni*“ (S. 549) wird theilweise abweichend behandelt. Hier entspricht dem *expensum ferre* des Gläubigers, welches auch hier auf der *accepti tabula* steht und formulirt wird: „X af N° N° *pro Titio promissa in seque recepta expensa* N° N° *fero*“ ein *recipere* des *argentarius*, welches auf der *expensi tabula* steht und formulirt wird: „X *pro Titio* A° A° *promitto in meque recipio*“.

Diese überraschenden Thesen erweisen sich bei näherer Betrachtung als theils unrichtig, theils willkürlich.

Zu 1) Voigt selbst (S. 563) geht davon aus, dass *expensilatio* und *acceptilatio* ursprünglich die Buchung wirklicher Zahlungen bezeichneten. Er ist der Meinung, dass für den *codex rationum* (S. 532) jene Ausdrücke in eben diesem Sinne beibehalten wurden und dass demgemäss *expensum* hier jede Ausgabe, *acceptum* jede Einnahme bezeichnete. Er stellt ferner nicht in Frage, dass die *expensilatio* auch im literalen Verkehr denselben Grundbegriff, nämlich die fictive Zahlungsleistung bezeichnete. Auch kann er natürlich nicht leugnen, dass bei der verbalen *Acceptilation* *acceptum ferre* die lösende Erklärung des

Gläubigers bezeichnet. Und endlich wird man allgemein zugeben, dass es nicht bloss „modern“ (S. 562), sondern allgemein menschlich ist, dass eine Eintragung nach der Bedeutung bezeichnet wird, die ihr vom Standpunkt des Eintragenden, nicht nach derjenigen, die ihr vom Standpunkt eines Anderen beiwohnt, insbesondere dass ich eine von mir geleistete Zahlung nicht Einnahme, sondern Ausgabe nenne. Eine Reihe von Argumenten spricht also von vornherein dafür, dass *acceptilatio* auch im literalen Buchungssystem die lösende Eintragung des Gläubigers bezeichnet. Für denjenigen, der mit uns den *codex rationum Voigts* verwirft und als einziges in Betracht kommendes Hausbuch den *codex accepti* gelten lässt, wird das Mass dieser Gründe dadurch voll gemacht, dass eine Reihe von Stellen zweifellos erweist, dass in dieser Buchhaltung *acceptum ferre*, wo es sich um reale Zahlungsleistung handelt, die Eintragung des Zahlungsempfanges seitens des Gläubigers bezeichnet. Dass in demselben Buchsystem bezüglich der literalen *Acceptilation* der entgegengesetzte Sprachgebrauch bestanden haben sollte, ist eine offenbare Unmöglichkeit. Die Stellen sind: l. 56 D. 26, 7, l. 4 § 1 D. 21, 2, l. 39 § 18 D. 26, 7, l. 91 § 3 de leg. III^o, l. 102 § 2 D. 46, 3, Seneca ep. 10, 2, 3 = 78, 3, Val. Max. 2, 7, Apuleius apol. 96, Tertullianus apol. 13; vgl. auch l. 1 Cod. Iust. 8, 42, l. 1, l. 3 pr. D. 46, 3, l. 12 § 1 D. 20, 5. Doch es soll hiervon abgesehen und dem Verfasser offenes Ohr für die Gründe geliehen werden, welche er bezüglich der plötzlich umgekehrten Bedeutung der *acceptilatio* bei der literalen Buchung heizubringen hat. Es sind zwei Stellen. (S. 554 Anm. 6; vgl. S. 532 Anm. 12, S. 544, S. 547 Anm. 65, S. 558, S. 560. S. 564, wo man sich überzeugen wolle, dass im übrigen nur gehäufte Behauptungen, keine Gründe vorgebracht sind.) Die eine Stelle — fragm. Vat. 329 — sagt ganz allgemein: „sub condicione non recte acceptum vel expensum fertur“, beweist also nichts. (Vgl. übrigens l. 77 D. 50, 17.) Die zweite — l. 41 D. 2, 14 — lautet: „Intra illum diem debiti partem mihi si solveris, acceptum tibi residuum feram et te liberabo“. Licet actionem non habet, pacti tamen exceptionem competere debitori constitit (Papinianus). Voigt bemerkt in Parenthese hinter *feram*: „i. e. referam“. Das sieht wie Selbstironie aus. Denn wenn sich die Stelle überhaupt auf die literale *Acceptilation* bezieht, wofür m. E. nicht der mindeste Anhalt gegeben ist, so müsste nach Voigts Theorie es in der That *referam* heissen. Es heisst aber *feram*, und da hier zweifellos der Gläubiger es ist, welcher *acceptoferiren* will, so würde die Stelle, wenn man sie auf die literale *Acceptilation* beziehen dürfte, directen Gegenbeweis gegen Voigt liefern.

Voigt hat aber nicht nur keinen Beweis dafür, dass *acceptum ferre* die Handlung des Schuldners bezeichnet. Es giebt vielmehr überhaupt kein zweifelloses Zeugnis für ein echt literales *acceptum ferre*. Erman (Zur Gesch. der röm. Quittungen S. 25) hat bereits bemerkt: „Als die ursprüngliche Hausbuchterminologie erscheint: *acceptum referre* — *expensum ferre*. *Referre* ist nur der allgemeine Ausdruck für „eintragen“ in der älteren Sprache, während *ferre* in der republikanischen Zeit nur bei der Eintragung des *expensum* gebraucht

wird. *Acceptum referre* und *ferre* unterscheiden sich also zeitlich, nicht nach der Bedeutung.“ Hierzu möchte ich die Einschränkung fügen, dass auch selbst für die Kaiserzeit ein eigentlich *literales acceptum ferre* nicht nachweisbar ist. Denn l. 102 § 2 D. 46, 3 spricht von einem Bekenntniss wirklich empfangener Zahlung; in l. 56 D. 26, 7 und l. 4 § 1 D. 21, 2 ist von Kaufgeschäften, in l. 91 §§ 3, 4 de leg. III^o von eingetragenen Revenuen die Rede; in l. 39 § 18 D. 26, 7 heisst es: „*per iudicem acceptoferetur*“ und in fragm. Vat. 329 erklärt sich *feritur* durch das neben *acceptum* stehende *expensum*.

Aber auch für das von Voigt behauptete *expensum referre* fehlt jedes Beispiel und es bleibt auch hier bei der von Erman getroffenen Feststellung, dass es immer heisst: *expensum ferre*. In den von Voigt (S. 554 Anm. 5) beigebrachten Stellen steht das *referre* — ohne *expensum* — in dem allgemeinen Sinn von „eintragen“, was ja, wie Voigt anerkennt (S. 553 Anm. 3 und S. 538 Anm. 2^o), einem verbreiteten Sprachgebrauch entspricht.

Es fehlt also den Voigtschen Aufstellungen geradezu an jeder Unterlage, und es ist schwer zu begreifen, wie der Verfasser bei so widriger Sachlage den Muth behalten konnte, an der einmal aufgestellten Hypothese festzuhalten.

Zu 2) Mit der zu 1) erörterten Terminologie fällt auch die vom Verfasser danach gebildete Formulirung der Einträge selbst zusammen. Nebenbei ist zu bemerken, dass auch das alterthümliche *af* (Andere lesen *abs*), auf welches Voigt solchen Werth legt, zur Sollenität schwerlich gehörte, da Cicero im *orator* (47, 158) der Bemerkung „*praepositio af nunc tantum in accepti tabulis manet*“ die Worte hinzufügt: „*ne his quidem omnium*“.

Zu 3) Auch die Vertheilung der Einträge auf die *expensi* und *accepti tabula* ist lediglich eine Consequenz der vom Verfasser zu 1) heweislos aufgestellten Prämissen. Es genügt, Act von der Perversität zu nehmen, dass auf der *accepti tabula* vorzugsweise die *expensa*, auf der *expensi tabula* die *accepta* gestanden haben sollen!

Zu 4) Ueber die von Voigt sog. *receptio argentarii* wird geeigneter im Zusammenhang des folgenden Paragraphen gesprochen.

* * *

In § 4 erörtert der Verfasser „Die Literalobligation des *codex accepti et expensi*“. Soweit es sich dabei nicht um unmittelbare Consequenzen der in den vorhergehenden Paragraphen aufgestellten Originalthesen handelt, steht der Verfasser im wesentlichen auf dem Boden der herrschenden Ansicht. Das Wesen des *Literalcontractes* erblickt auch er darin, dass ein nach dem Willen der Contrahenten abstract gestaltetes Schuldverhältniss unter der Voraussetzung klagbar ist, dass es in einer bestimmten Weise in den *codex accepti et expensi* eingetragen ist. Die Eintragung ist nicht wie Rede und Gegenrede bei der Stipulation Form der Willenserklärung. Sie setzt vielmehr die — formlose — Willenseinigung voraus und tritt zu dieser als selbständiges Formelement hinzu. Der *Literalcontract* bedeutet m. a. W. die

Anerkennung des formlosen abstracten Schuldversprechens nur mit der Einschränkung, dass der Gläubiger den Vorgang in Gestalt der *expensilatio* beurkunden und der Schuldner — formlos — in diese Beurkundung willigen muss.

Ueber die historische Entwicklung dieser Contractsform bemerkt Voigt: sie habe sich im lateinischen Rechte entwickelt, von wo sie nach Rom recipirt sei (S. 566); mit der Uebernahme des argentarischen *codex accepti* in das bürgerliche Leben Roms sei nämlich „die Anerkennung der Bucheinträge als einer Rechtsgeschäftsform Hand in Hand gegangen“ (S. 565), und zwar im Wege der *interpretatio* und der prätorischen Jurisdiction. Nach Voigts Ansicht war ja nun aber der *codex accepti* principiell nur für *Literalcontracte* bestimmt und lange Zeit auch thatsächlich hierfür ausschliesslich benutzt (S. 542). Die Uebernahme dieses *codex* in das römische Verkehrsleben hätte also nur unter der Voraussetzung Sinn gehabt, dass mit der Einführung der Bücher sofort auch die rechtliche Anerkennung des *Literalcontractes* verbunden gewesen wäre. Der behauptete Vorgang ist also nicht anders als akut denkbar. Voigt selbst aber stellt die „Verbreitung“ der *codices accepti* und die Anerkennung des *Literalcontractes* als allmähliche Entwicklung in der Weise dar, dass zunächst die Bucheinrichtung Eingang gefunden habe und demnächst erst die an dieselbe sich knüpfende Contractsform anerkannt worden sei. Die Voigtsche Darstellung scheitert also an ihrem eigenen Widerspruch. Im übrigen ist gegen dieselbe das zu § 1 über den angeblichen „Durchgang der *argentarii* durch *Latium*“ Gesagte zu wiederholen. Was Voigt (S. 571) im *Literalcontract* mit Recht als von sonstigen altrömischen Grundsätzen abweichend bezeichnet, ist nicht hinreichend, um den Schluss auf ausserrömischen Ursprung zu rechtfertigen, lässt sich vielmehr innerhalb des Rahmens der nationalrömischen Rechtsentwicklung erklären. Weder gegen noch für den nationalrömischen Ursprung spricht Livius 35, 7 und Gaius III, 133.

Die Frage, welcher Rechtsgedanke dieser uns so wunderbar anmuthenden Contractsart zu Grunde liegt, lässt Voigt unerörtert. Wie man dazu gelangen konnte, das entscheidende formale Moment ausschliesslich in die Hand des Gläubigers zu legen, unterzieht er keiner Prüfung. Er begnügt sich mit der Thatsache. Nur im Vorbeigehen sei die Vermuthung geäußert, dass es der Novationscharakter der *Expensilation* ist, welcher den Schlüssel zu jener Frage giebt. Nimmt man an, die *Expensilation* habe ursprünglich nur der Novation gedient, das *expensum ferre* sei also ursprünglich nicht die blosse Eintragung einer neuen Forderung, sondern zugleich immer die Löschung einer alten (ganz so wie Keller, Sells Jahrb. I 98 ff. die *nomina transscripticia* erklärt), so liegt in der *Expensilation* auch materiell die entscheidende Willenserklärung. Sie ist unter dieser Voraussetzung nicht bloss die formelle Acceptation eines Schuldversprechens, sondern zugleich die materielle Disposition über ein Forderungsrecht. Mochte der Gläubiger dadurch auch ein schneidigeres Forderungsrecht erhalten, formell gab er doch ein Recht auf, und auch materiell war der Tausch nicht ganz

ohne rechtlichen Nachtheil. Man denke z. B. an die Zinsenfrage. Wichtiger aber noch scheint mir, dass dem wirthschaftlichen Kern nach die novirende Expensilation sich als Creditgewährung darstellt. Man pflegt erst dann eine Schuld von der causa zu abstrahiren, wenn ein verlängerter Credit dafür nachgesucht wird, und auch die Novation mit Personenwechsel pflegt nach allgemeiner Erfahrung dem Fortgenuss des Credits zu dienen. Der Gläubiger erscheint also auch wirthschaftlich als der disponirende, gewährende Theil. Dass später die expensilatio als obligationsbegründender Act, insbesondere zu Schenkungszwecken, vielleicht auch als Creditunterlage benutzt worden ist, soll damit nicht in Abrede gestellt werden. Aus Gaius III, 128 ff. ersehen wir aber, dass auch in späterer Zeit der Novationszweck im Vordergrund stand.

Voigt betrachtet den Novationszweck als secundär. Dies steht im Zusammenhang mit seinen Anschauungen über das Buchwesen. Ein auf literale Geschäfte beschränkter codex accepti ist ja von vornherein zu dem Zwecke erfunden, um abstracte Schuldverhältnisse zu begründen! Wer an solche Erfindung glaubt, dem kann die expensilatio als rein obligationsbegründender Vorgang keine Bedenken erregen. Wer dagegen von der Ueberzeugung durchdrungen ist, dass die wirthschaftlichen Verhältnisse, genauer: die durch das wirthschaftliche Bedürfniss hervorgerufenen Bucheinrichtungen den Literalcontract organisch vorbereitet und erzeugt haben, dem wird die Auffassung befriedigender erscheinen, dass ursprünglich jeder expensilatio eine andere, causale Buchung zu Grunde lag und dass sich hieraus organisch die Grundsätze des Literalcontractes entwickelt haben.

Bisher blieb die von Voigt sogenannte receptio argentarii unerörtert. Es ist erst kürzlich wieder aus berufenem Munde (Goldschmidt in Bd. 10 dieser Zeitschrift S. 395) gleichzeitig auf die Wichtigkeit dieses Institutes und auf die Lückenhaftigkeit unseres Wissens über dasselbe hingewiesen. Voigts Bemerkungen darüber (S. 549. 556. 559. 563. 566 ff.) sind mehr andeutend als ausführend. Dennoch ist Referent geneigt, gerade hier einen fruchtbaren Gedanken anzuerkennen, den übrigens bereits Bekker (Bd. 3 dieser Zeitschrift S. 9) geäußert hat. Derselbe tritt bei Voigt in schädlicher Verquickung mit dessen irrigen Anschauungen auf. Dass aber das receptum argentarii nur im Zusammenhang mit der argentarischen Buchführung seine richtige Beleuchtung erhält, ist eine Erwägung, welche mehr Beachtung verdient, als ihr gewöhnlich zu Theil wird. Aufgeklärt ist freilich durch Voigts Bemerkungen das Institut keineswegs und der Widerspruch (S. 574 Anm. 23) gegen Lenels überzeugende Ausführungen ist ein Rückschritt.

Die „gründliche und umfassende Bearbeitung des Buch- und Rechnungswesens bei den Römern“, welche Bekker im Jahre 1882 (Bd. 3 dieser Zeitschrift S. 16) mit Recht als dringendes Bedürfniss bezeichnete, liefert die vorliegende Schrift nicht. Sie muss vielmehr in der Hauptsache als verfehlt bezeichnet werden.

Die zahlreichen Druckfehler dürfen nicht unerwähnt bleiben. Die Fehler in den Quellen-Citaten wirken sehr zeitraubend. Ich habe von

letzteren gelegentlich folgende vermerkt: S. 522²⁷ muss es heissen: D. I 12, 1 § 9; S. 522²⁸: C. Th. XVI 4, 5; S. 523³⁰: Iul. im C. Th. XII; S. 531⁶: D. XXVI 7; S. 533¹⁶: Phil. im C. Iust. IV 19; S. 534¹⁸ Z. 31: D. XXXII, 1. 29; 535¹⁸ Z. 13: D. II 14, 1. 47; S. 535¹⁹ Z. 14: D. XXXII, 1. 91; S. 538²⁸ Z. 4: D. XXVI 7; S. 538²⁹ Schluss: D. III 5, 1. 33; S. 554⁶ Z. 2: D. II 14.

Halle.

Th. Niemeyer.

Jacques Flach, *Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge avec textes inédits*. Paris, L. Larose et Forcel, 1890. 336 S., 8^o.

Unter diesem Titel hat der Verfasser, Nachfolger Laboulayes auf dem Lehrstuhl für vergleichende Rechtsgeschichte an dem Collège de France, drei Abhandlungen vereinigt und seinem Vorgänger gewidmet. Dieselben beziehen sich sämtlich auf die mittelalterlichen Schicksale des römischen Rechts; während aber die beiden letzten nur einzelne Sonderpunkte behandeln, bringt die erste die ganze viel umstrittene Frage nach einer frühmittelalterlich-romanistischen Wissenschaft zur Erörterung und erscheint demgemäss als die weitaus wichtigste. Beigegeben ist jedem Hauptabschnitte (S. 129—183 und S. 225—286) ein reiches und ausserordentlich schätzbares Material von Veröffentlichungen aus den handschriftlichen Schätzen der Pariser Nationalbibliothek: Glossen, Zusammenstellungen von Anfangsworten, synoptische Tabellen zu Petrus-Manuscripten u. s. f.: für das Einzelne muss hier, Mangels des nöthigen Raumes, auf das Buch selbst verwiesen werden; für die Zuverlässigkeit und Akribie der Ausgabe bürgt die bekannte aussergewöhnliche Sachkunde, diplomatische Schulung und Genauigkeit des Verfassers.

Die erste Abhandlung besteht in einer kühlen, besonnenen, in kurzen Worten oft viel sagenden, oft aber doch auch etwas aphoristischen Nachprüfung der (wesentlich Fittingschen) Beweise für die Behauptung, dass durch alle, selbst die dunkelsten Zeiten des Mittelalters hindurch, stets Wissenschaft, Litteratur und Unterricht des römischen Rechts Platz gegriffen habe. Sympathisch wie diese Behauptung unserem evolutionistischen Zeitalter klingt (S. 13 f.), wird sie doch nach Flach durch die Thatfachen wenig gerechtfertigt; zu den mannigfachen Angriffen, welche Fittings Hypothesen und Darstellung letzthin erfahren mussten, gesellt sich somit die Flachsche Untersuchung hinzu. Wenn dieselbe auch nicht viel neue Gegenargumente bringt, sondern sich namentlich durch ein fortwährendes non liquet auszeichnet, so ist sie doch positiv in der Negation der Fittingschen Continuitätstheorie; sie beruht auf dem von Conrat in seiner Einleitung zu der Ausgabe der *Epitome Exactis regibus* begonnenen Angriff und leite zu dem umfassenden Angriff über, zu welchem Conrat in seiner grossen, augenblicklich im Gange befindlichen Veröffentlichung¹⁾ vorgeht.

¹⁾ Mit der positiven Bedeutung eines umfassenden Quellen-Werkes,

Flach zerlegt den Stoff in drei Unter-Abtheilungen: 1) Wie steht es um diejenigen Schriften, welche wohl nicht zwischen Ende des 6. und des 11. Jahrhunderts, sondern entweder nachher oder vorher entstanden sind? Welchen Werth hat namentlich, falls letzteres der Fall, der Umstand ihrer Ueberlieferung durch diese dunklen Jahrhunderte hindurch? 2) Welches ist die Bedeutung der uns wirklich in Manuscripten aus der Zeit zwischen Ende des 6. und des 11. Jahrhunderts überlieferten Arbeiten? 3) Wie steht es während dieser kritischen Zeit um den Rechtsunterricht? — An die Behandlung der ersten Frage werden Bemerkungen über die Benutzung und das Vorkommen von Citaten römischer Rechtsquellen während des fraglichen Zeitraumes angeschlossen.

Merkwürdiger Weise zählt Flach zu der ersten Gruppe nur solche Werke, welche Fitting in seinen „Juristischen Schriften des früheren Mittelalters“ veröffentlicht hat: Actionentractate, juristische Vocabularien, Fragmente von Institutionencommentaren, Compendium iuris, De iustitia. Von allen diesen nimmt Flach entweder an, und zwar dies mit Vorliebe, dass sie ihre Entstehung erst dem Beginn wissenschaftlicher Regungen um das Ende des 11. Jahrhunderts, sei es den unmittelbaren Vorläufern der Bononiensischen Schule, sei es den ersten Anregungen dieser schon erblühten Schule nach auswärts, verdanken; oder dass sie vor dem Ende des 6. Jahrhunderts im wesentlichen entstanden, durch die dunkeln Jahrhunderte aber in einer solchen Art und Weise überliefert worden sind, welche keinerlei Spur wissenschaftlichen Verständnisses oder theoretischer Pflege erkennen lassen. Welche Alternative für jede einzelne Schrift zutreffe, entscheidet Flach regelmässig nicht; dem neu entdeckten Juristen Geminianus ist er wenig hold und möchte, unter Benutzung der Resultate von Pescatores Irnerius-Forschung, unter dem G., qui primus tractavit de natura actionum, eben Irnerius verstehen.

Mehr Bedeutung misst Verfasser denjenigen Schriften bei, deren vorbononiensischer Ursprung schon durch die Manuscripte feststeht. Als solche stellt er aus dem reinen römischen Recht zusammen: 1) Institutionsglossen: Turin; Bamberg; Monte-Cassino; Paris; Köln. 2) Zum Codex: Summe von Perusia; Glossen von Pistoia und von Paris. 3) Zum Julian: Summen, Scholien und Glossen. 4) Summen und Glossen zum Theodosischen Codex und 5) zum Breviarium. Diesen Producten werden diejenigen romanistischen Darstellungen an die Seite gestellt, welche im Dienst des kanonischen, lombardischen oder Lehnswortes stehen, einschliesslich der canonistischen Sammlungen und der

wie es Conrat, „Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts im früheren Mittelalter“ theils schon ist, theils zu werden verspricht, wollen und dürfen natürlich Flachs Etudes nicht verglichen sein; leider haben letztere ersteres nicht mehr benutzen können. Dass dabei Flach in irgend einem mikroskopischen Detailpunkt, auf welchen er gerade seine ganze Aufmerksamkeit gerichtet hat, auch einmal Conrat zu verbessern in der Lage ist (S. 202), das ändert an dem Gesamtverhältniss nichts.

Expositio ad librum Papiensem und dgl. In knappster Darstellung werden hier mehr innerliche, auf den wissenschaftlichen Werth gerichtete Untersuchungen angestellt; das Ergebniss ist, dass alle älteren Stücke barbarisches Gemengsel ältester Schulweisheit ohne inneres Verständniss mit lediglich grammatikalischer Bedeutung seien; während die tüchtigeren Leistungen der Zeit gegen 1070, namentlich der die Auffassung des römischen Rechts als *raison écrite* vorbereitenden damaligen Lombardistenschule, entstammen. Man sieht, wie wesentlich für Flach diese Sonnenaufgangsepoche von einigen vorbononiensischen Jahrzehnten ist, welchen er nach dem Vorgange von Conrat das zuschreibt, was man bis dahin über die vorbononiensischen Jahrhunderte vertheilt hatte.

Nach diesen Ergebnissen wird es Flach S. 104 f. leicht, dasjenige, was man als Spuren eines eigentlich wissenschaftlichen Rechtsunterrichts ausgelegt hat, als rein grammatikalische oder rhetorische Schulübungen, bedingt durch die bekannte scholastische Methode, anzusprechen: wie denn ja schon bei Quintilian das *genus iudiciale* als Theil der Rhetorik auftritt. Dass vor dem 12. Jahrhundert in Orléans eine Rechtsschule bestanden habe oder in Frankreich der *Brachylogus* entstanden sei, leugnet Flach bestimmt; „würde aber,“ so sagt er S. 117, „bewiesen, dass der *Brachylogus* in Frankreich während des 12. Jahrhunderts entstanden ist, so würde dieser Umstand, weit entfernt davon, einen Anhaltspunkt für die Behauptung einer angenommenen Continuität des römischrechtlichen Unterrichts in unserem Lande durch das ganze Mittelalter hindurch zu geben, vielmehr bezeugen, dass diese Studien bei uns eine hervorragende Wiedergeburt in Folge und unter dem Druck der von Bologna ausgehenden Bewegung erlebt haben.“ — Bleiben die italienischen Schulen. Die bekannte Odofredische Stelle wird ganz wörtlich so interpretirt, dass bei Untergang des römischen Studiums von dort nicht dieses, sondern bloss die Rechtsbücher nach Ravenna übertragen wurden. Mit der längeren Existenz dieser ravennatischen Schule muss dann Verfasser rechnen, wie er ihr den Petrus wenigstens hier nicht ausdrücklich abspricht; das hohe Lob aber, welches ihr Fitting spendet, lässt er ihr nicht zukommen, und hierin kann ihm Berichterstatter nur zustimmen: die *aequitas*, welche in Ravenna gehandhabt wurde, ist nicht diejenige einer über das strenge Recht fortgeschrittenen, des Buchstabens entbehren könnenden Epoche, sondern diejenige einer noch ungebildeten Zeit, welche mit den Quellen nicht umzugehen versteht und darum einem dunklen Rechtstrieb folgt. Wie sich dann die Besserung gegen Ende des 11. Jahrhunderts anbahnt, wird treffend hervorgehoben; ob wirklich dafür, dass schliesslich die neue Richtung statt in Ravenna vielmehr in Bologna zum Durchbruch kam, politische Gründe, Beziehungen zum Streite zwischen Papst und Kaiser massgebend waren, wie Flach vermeint, möchte ich dahingestellt sein lassen; dagegen kann ich mich ihm wieder ganz anschliessen, wenn er zu Ende den Hauptnachdruck auf die geniale Persönlichkeit des Irnerius legt (S. 126): „In Ravenna war es dem römischen Rechte nicht gelungen, sich aus den

Banden der Praxis, Dialektik und Grammatik zu lösen. In Bologna sprengt das Genie eines Mannes seine Fesseln, es nimmt seinen Aufschwung und wird eine Wissenschaft.“

Wenn freilich hiermit jede Spur einer Wissenschaft vor Bologna gezeugnet werden soll, so kann man schon deshalb Verfasser nicht ganz beipflichten, weil seine Untersuchungen so vollständige nicht sind, dass sie zu derartig abschliessendem Urtheile berechtigen. Das weiss er selbst sehr wohl, wie er denn z. B. die ganze fundamentale Materie des Petrus und des Brachylogus principiell aus der Besprechung, als noch nicht reif zur Entscheidung, ausgeschieden hat (S. 59. 60). Aber auch sonst, fürchte ich, wird seine Polemik als eine erschöpfende fast nirgendwo bezeichnet werden können, da er fast alles unentschieden lässt und nur gerade die Fittingsche Auffassung negirt. Sobald man jedoch einen derartigen Anspruch, welchen er selbst keineswegs erhebt, fallen lässt, wird sich andererseits eine weitgehende Berechtigung seiner einzelnen Bemerkungen und Einwände nicht verkennen lassen; die Klarheit und die Zurückhaltung der Beurtheilung fallen überall vortheilhaft auf; zweifellos methodisch richtig ist die stete Rückverweisung auf die objective, handschriftliche Grundlage; bei den mehr subjectiven Fragen der Werthbeurtheilungen und ähnlichen hört freilich jeder feste Massstab auf, wenschon Berichterstatte Verfassers Geschmack vielfach theilt.

Die zweite Abhandlung hängt mit der ersten insofern zusammen, als sie einen Beitrag zur Ausfüllung einer dort bemerkten Lücke, zur Kenntniss der Handschriften von Petrus Exceptiones, liefert. Sie besteht in einer mit äusserster Feinheit und Vorsicht, mit Scharfsinn und Geschick geführten Untersuchung über die Pariser Petrus-Manuscripte; die Einzelheiten, wenschon auf ihnen der Werth der Arbeit wesentlich beruht, können hier nicht einmal andeutungsweise berücksichtigt werden. Zunächst wird das Ergebniss festgestellt, dass die jüngst aus der Bibliothek Asburnham zu Tage gekommenen Nummern Barrois 336 und 285 zusammen, nachdem falsche Zuthaten beseitigt, Rasuren ergänzt worden sind, das von Savigny citirte, vor 1848 aus der französischen Nationalbibliothek mit zahlreichen anderen Handschriften verschwundene MS. Bibl. nat. lat. 4719 bilden, so dass namentlich aus den (gefälschten) Anfangsworten des einen Stückes gezogene Schlussfolgerungen wegfallen (S. 202). Dies Manuscript 4719 nun aber enthält den Petrus nicht in der Ordnung unserer Drucke, sondern so, dass die erste Hälfte das sog. Tübinger Rechtsbuch darstellt — Flach nennt sie Collection A — und die zweite Hälfte den grössten Theil¹⁾ des übrigen Petrus — Flach nennt sie Collection B. Dagegen ist ein weiteres Pariser Manuscript, f. lat. 1730, oder sein Archetypus, aus den beiden Collectionen A und B unter Zufügung von sechs weiteren Capiteln so zusammengesetzt, dass ein Copist nach einer ihm vorgeschriebenen, etwa durch eine Tabelle der Anfangsworte ihm bezeichneten systematischen Anordnung

¹⁾ Einige — 8 — Capitel unseres Petrus finden sich weder hier noch dort; vgl. S. 205 und S. 220 Anm. 1.

die Stücke der beiden Sammlungen vermischt abschrieb, so dass so im wesentlichen unser Petrus entstand: aus Fehlern und Flüchtigkeiten wird dieser Vorgang überzeugend reconstruiert. Da nun auch der Text von 1730 sich vielfach als der beste und präziseste herausstellt (S. 210), so liegt die Annahme nahe, dass er die Urform derjenigen systematischen Zusammensetzung verschiedener Sammlungen darstellt, welche wir als Petri Exceptiones kennen. In Folge dessen gewinnt es aber wieder besondere Bedeutung, dass MS. Nr. 1730 im Prolog nicht hat „Odiloni“, sondern „Saxiloni“; und nicht „Valentinae“, sondern „Florentinae“ civitatis; sowie dass in ihm fehlt die berühmte Bemerkung: possessionem quam in Galliae partibus appellamus honorem: denn damit scheiden die wichtigsten für den französischen Ursprung des Petrus geltend gemachten Symptome aus: ein Ursprung, welcher Flach auch sonst (S. 198) nicht wahrscheinlich erscheint. Im übrigen bedarf es, so schliesst Verfasser, weiterer handschriftlicher Studien; das hier Mitgetheilte zeigt nur, wie misslich es ist, ehe diese vollständig erledigt sind, sich ein Urtheil zu bilden; namentlich wird Rücksicht auf weitere Zersetzung des Petrus in seine Quellen und wieder dieser in ihre Elemente, als welche sich etwa Excerptensammlungen ergeben mögen, zu nehmen sein; zu diesem Behufe giebt Flach noch einige Winke und verweist namentlich auf ein Cambridger Manuscript.

Der genauen Schilderung dieses letzteren Sammelbandes, O. 7. 40, ist die dritte Abtheilung gewidmet. Seine Schrift ist nirgendwo älter als die Mitte des 13. Jahrhunderts; von juristisch interessanten Stücken enthält er zunächst, was Conrat entgangen war, die Epitome exactis regibus mit einem längeren, durch Flach zum Abdruck gebrachten, stark an das 4. Capitel des dem Placentin zugeschriebenen Tractates de varietate actionum erinnernden Prolog; ferner verschiedene kleinste Bruchstücke aller Art, betreffend römisches und kanonisches Recht; eine Reihe tralaticischer Definitionen; die Distinctiones Hugonis; und endlich die Sammlung A zu den Exceptiones des Petrus (d. h. also das Tübinger Rechtsbuch), an welche sich noch einige Excerpte und Fragmente anschliessen.

Den Eindruck aus allen diesen Studien und Lectüren fasst Verfasser folgendermassen nicht unzutreffend schliesslich, S. 327, zusammen:

„Es scheint im 11. und 12. Jahrhundert“ (— nicht auch schon in den vorhergehenden? —) „eine juristische Masse unpersönlicher anonymer Natur umhergetrieben zu haben, welche gewissermassen im öffentlichen Eigenthum stand und aus welcher jeder unbedenklich schöpfte. Dieser gemeinsame Grundstock war gebildet und genährt aus antiken Elementen (römische Gesetze in vollständigem oder zersetzten, erkennbarem oder der Prägung beraubten Zustand, Definitionen etc.) und aus gleichzeitigen oder neuen Elementen (Glossen, Summen, Distinctionen, Prologen etc.) Der Unterschied zwischen diesem Grundstock und der Idee, welche man sich von der „Manier“ der Glossatoren gemacht, dem Typus, welchen man als denjenigen der Glossatoren festgestellt hatte (als ob diese Manier unmittelbar alles erobert und überschwemmt hätte, in Italien und ausserhalb!), hat bewirkt, dass

Werke für vorbononiensisch genommen wurden, welche einfach jenem Grundstock entnommen waren (was namentlich von dem Petrus zutreffen mag); dieser Unterschied hat bewirkt, dass man diese Schriften als vermittelnd zwischen der Wissenschaft des 6. und der Wiederauferstehung am Ende des 11. Jahrhunderts angesehen hat, während sie nur eine unmittelbare Folge dieser Wiederauferstehung waren.“

Ernst Landsberg.

Hans Paalzow, Zur Lehre von den römischen Popularklagen.
Berlin 1889. 54 SS.

Eine Neubearbeitung der Lehre von den Popularklagen musste nothwendiger Weise den epochemachenden Aufsatz von Bruns (Zeitschrift f. Rechtsgesch. Bd. 3 S. 341 ff.) zum Ausgangspunkte nehmen. In der vorliegenden Abhandlung ist dies auch durchaus geschehen, aber der Verfasser gelangt in vielen Beziehungen zu Ergebnissen, welche den von Bruns gewonnenen widersprechen. Nach einer Darlegung des Sach- und Streitstandes (I) bestimmt P. den römischen Begriff *actio popularis* abweichend von Bruns unter Einschluss der gesetzlichen popularen Strafklagen, aber unter Ausschluss der *interdicta popularia* (II). Er behandelt sodann eingehend die prätorischen *actiones populares*, vertheidigt entgegen Bruns deren procuratorische Natur (III) als völlig vereinbar damit, dass (regelmässig) die ganze Klagsumme an den Kläger fällt (IV), und führt aus, dass diese *actiones populares*, richtiger die Vorrechte der Privatinteressenten auf ihre Anstellung, in der Regel vererblich seien (V). Solche Vererblichkeit wird für die gesetzlichen popularen Strafklagen, die übrigens nur kurz berührt werden, verneint, weil bei ihnen derartige Vorrechte nicht stattfinden (VI). Als den *actiones populares* „verwandte Bildungen“ bespricht P. in Kürze die *interdicta popularia* zum Schutze der *res publicae*, Rechtsmittel, deren procuratorische Qualität ihm zweifelhaft ist, und welche er als durch ihre reipersecutorische Natur von den *actiones populares* im eigentlichen Sinne geschieden ansieht, ferner die Klage *de collusione detegenda*, die *accusatio suspecti tutoris*, die *assertio in libertatem*, das *interdictum de libero homine exhibendo* und einige ähnliche Erscheinungen des Strafprocesses (VII). Die Entstehung der Popularklagen anlangend, so hält der Verfasser dafür, dass sie „in erster Linie auf die im letzten Jahrhundert der Republik, besonders seit der Zeit der Gracchen, rasch zunehmende Durchtränkung des römischen Gemeinwesens mit demokratischen Elementen zurückzuführen“ seien (VIII), wie umgekehrt in der späteren Kaiserzeit vermuthlich „in Folge der veränderten Staatsverfassung ihre Zahl sich verringert hat“, während freilich noch Justinian zwei ähnliche Rechtsmittel, die populare Klage auf Erfüllung von Vermächtnissen *ad pias causas* und diejenige auf Rückzahlung des Spielgewinnes, neu einführte (IX).

Bei Untersuchung des quellenmässigen Begriffes *actio popularis* verkennt P. nicht, dass das Ergebniss derselben kein Präjudiz dafür schafft, was wir heute für die Zwecke wissenschaftlicher Betrachtung als Popularklagen zusammenfassen dürfen, und in diesem Sinne ist allerdings „die Frage, welche Klagen die Römer *actiones populares* genannt haben, von verhältnissmässig untergeordneter Bedeutung“ (S. 12). Keinen Grund für diesen Satz ergibt dagegen die richtige Beobachtung, dass der Ausdruck *actio popularis* nicht der Gesetzessprache, sondern der Jurisprudenz angehört und wohl erst in der Kaiserzeit entstanden ist (S. 12). Uebrigens aber — und das ist von Bruns S. 386 f. schärfer als von P. betont — hat die Antwort auf jene Frage doch den nicht zu unterschätzenden Werth, festzustellen, auf welche Rechtsmittel — Gegenbeweis aus dem einzelnen vorbehältlich — wir die allgemeinen Aeusserungen der Quellen über *actiones populares* anzuwenden haben.

Soviel nun die gesetzlichen popularen Strafklagen angeht, bei denen die Urtheilssumme an Staat oder Gemeinde fällt, so hatte Bruns S. 387 nicht sowohl deren populare Natur als vielmehr ihre Eigenschaft als *actio* im Sinne des *ius persecuendi iudicio, quod sibi debetur*, in Abrede genommen, und auf diesen Zweifelspunkt geht P. in seiner Polemik gar nicht ein. Richtig dürfte allerdings sein, dass in juristischen Bearbeitungen — deren wir so gut wie nichts haben — solche gesetzliche Strafklagen *actiones populares* hätten genannt werden können (S. 12); denn dass es in der Kaiserzeit zulässig war, sie als *actio* zu bezeichnen, lehren die Stadtrechte von Salpensa und Malaca, welche sie regelmässig mit den Worten: *actio petitio persecutio esto* einführen, sowie die Art, in welcher Callistratus (fr. 3 pr. D. 47, 21) die Strafbestimmung der *lex Mamia* wegen Grenzverrückung referirt: *eius actionem petitionem ei qui volet esse iubet (lex)*. Ob aber schon die *lex Mamia* selbst hier *actio* gebrauchte, bleibt zweifelhaft (vgl. Bruns S. 363⁷⁸), zweifelhaft auch, ob gleicher Sprachgebrauch bereits dem Urtext der *lex col. Iul. Genet.* angehört (vgl. neuerdings Wlassak, *Processgesetze* S. 81 f.), sicher, dass die *lex Iul. municip.* ihn noch nicht hat, sondern nur *petitio* verwendet. Allein, wie dem auch sei, so hat Bruns sehr richtig empfunden, dass *actio* (*ei est qui volet*), angewandt auf Klagen, bei denen die Klagsumme an die öffentliche Casse fiel, ganz etwas anderes bedeutet als bei den prätorischen Popularklagen, bei welchen das Geld in die Tasche des Klägers floss: dort nur die Befugniss der Beitreibung zu fremden Gunsten, hier den materiellen Anspruch auf die Strafsumme. Das ist — entgegen dem Verfasser S. 46 — ein sehr wesentlicher Unterschied, und es dürfte mit Bruns, umsomehr als der ganze Digestentitel *de pop. act.* nur aus Edictscommentaren zusammengestellt ist (Bruns S. 386), daran festzuhalten sein, dass die Aussprüche der Digesten über *actiones populares* im Zweifel auf die gesetzlichen Strafklagen nicht mitzubeziehen sind.

In Betreff der *Interdicta* steht fest, dass sie zu den *actiones* im weiteren Sinne gehören (Ulp. fr. 37 pr. D. 44, 7), also hindert auch nichts, die *interdicta popularia* als *actiones populares* zu bezeichnen, wie auch von Paullus in fr. 42 pr. D. 3, 3 unzweideutig geschieht.

Richtig bleibt freilich, dass in engerem, häufigerem Sprachgebrauch actio das Interdict und somit actio popularis das interdictum popolare ausschliesst, und dass die reipersecutorische Natur der Popularinterdicte einen tiefgreifenden Unterschied zwischen ihnen und den popularen Strafklagen begründet, man also nicht ohne weitere Prüfung etwas von den actiones populares in den Quellen Gesagtes auf die interdicta popularia übertragen darf¹⁾.

Den wichtigsten Theil der weiteren Ausführungen des Verfassers bilden diejenigen über die Vererblichkeit der prätorischen actiones populares im engeren Sinne. Diese Frage, welche von Codacci-Pisanelli (Arch. giur. v. 33 p. 335 sqq.) zuerst genauer ins Auge gefasst ist, hat P. entschieden gefördert. P. erkennt an, dass die actiones populares nicht zu den bona gehören (S. 37 ff., S. 41 f.). Er bemerkt mit Recht, dass dies mit der Verurtheilung zu Gunsten des Klägers durchaus verträglich ist, und hätte hinzufügen können, dass ja auch die actio iniuriarum nicht zu den bona des Berechtigten gehört (fr. 28 D. 47, 10, fr. 2 § 4 cf. § 1 D. 37, 6).

Allein von Lassalleschen Gedanken über die Stellung des Erben ausgehend (S. 30 ff.), meint P. gleichwohl, dass der Erbe dessen, der als Privatinteressent ein Vorrecht auf Anstellung einer Popularklage hat, in dieses Vorrecht succediren könne (S. 38 f.). Den allgemeinen Ausführungen, auf welche diese Folgerung sich stützt, vermag Referent nicht beizutreten. Es wird immer ein blosses Bild bleiben, dass in dem Erben der Wille des Verstorbenen fortlebe (S. 31), dass er die Persönlichkeit des Erblassers fortsetze (S. 36), und wenn der Verfasser (S. 31) mit Hölder (Zur Gesch. des röm. Erbrechts S. 34) sagt, der Erwerb der Activen des Nachlasses durch den Erben sei nur eine zufällige Nebenwirkung seines Einstehens für den Verstorbenen, so ist das mindestens eine Uebertreibung. Richtig aber ist, dass der heres des römischen Rechts nicht nur in das Vermögen des Erblassers eintritt, dass insbesondere das ius sepulchri auf den Erben übergeht, aber, weil kein Vermögensrecht, dem Fiduciar bei Restitution der Erbschaft, dem abstinirenden suus, dem indignus verbleibt (S. 36, vgl. Pernice, Sitzungsber. der Berl. Acad. 1886 S. 1200 f.), dass umgekehrt (entgegen Pernice a. a. O. S. 1201) die Enterbung grundsätzlich auch von dem ius sepulchri ausschliesst und nur humanitatis gratia der Enterbte ein beschränktes Begräbnissrecht: tantum sepeliri, non etiam alios praeter posteritatem suam inferre, behält (fr. 6 pr. D. 11, 7, S. 37). Nur ist nicht beachtet, dass dieses beschränkte Recht nicht bloss bei ungerechtfertigter, sondern bei jeder Enterbung bestehen bleibt und nur durch eine speciell hierauf gerichtete Verfügung aus rechtem Grunde genommen werden kann; nisi specialiter testator iusto odio commotus eos vetuerit (fr. 6 cit.), ebenso wie der Erblasser durch eine besondere Verfügung auch den Erben die Benutzung des Grabmals untersagen kann (fr. 3 § 3 D. 47, 12). Wie das ius sepulchri, so geht

¹⁾ Vgl. über die Popularinterdicte jetzt auch Ubbelohde, Die Interdicte des römischen Rechts I. Theil, Erlangen 1889, S. 40 ff.

die *actio sepulchri violati*, trotzdem sie eine sog. *actio vindictam spirans* ist (S. 39 ff.), auf die Erben über, aber weil sie *non ad rem familiarem pertinet* (fr. 6 D. 47, 12), so ist ihre Anstellung keine Einmischung in die *bona hereditaria*. So legt P. S. 32 ff. fr. 20 § 5 D. 29, 2, fr. 10 D. 47, 12 richtig aus; vgl. besonders die Worte *per hereditatem optigit haec actio* (fr. 10 cit.). Es ist auch in der That gerade bei einer Popularklage nicht recht abzusehen, warum sie durch den Tod des unmittelbar Verletzten untergehen sollte; denn wenn sie auch *poenam et vindictam continet* (fr. 20 § 5 cit.), so nimmt sie doch nicht bloss die Genugthuung des Verletzten, sondern auch das öffentliche Interesse wahr.

Vererbung der *actio sepulchri violati* kann aber nur heissen: Vererbung des den Interessenten zustehenden Vorrechts auf Anstellung der Klage (S. 38 f.). Genauer freilich sagte man wohl noch, dass der Erbe des Interessenten ebenso bevorrechtet ist wie dieser selbst, weil dasjenige Verhältniss, durch welches das Vorrecht begründet wird — hier das *ius sepulchri* —, durch die Erbfolge auf ihn übergegangen ist. Es ist nunmehr der Erbe derjenige, *ad quem res pertinet* (fr. 3 pr., fr. 6 D. 47, 12), andererseits freilich ist er ebenso wie der Erblasser der Prävention Dritter ausgesetzt (fr. 6 cit.). Dass man aber nicht quellenwidrig handelt, wenn man dieses eigenartige Verhältniss Vererbung der *actio sepulchri violati* nennt, ist nach fr. 10 cit. nicht zu bezweifeln.

Hat man nun in Gestalt der *actio sep. viol.* ein sicheres Beispiel einer im obigen Sinne vererblichen *actio popularis*, so ist auch keine Veranlassung, an dem klaren Zeugnis des fr. 5 § 13 D. 9, 3 durch Textänderung oder künstliche Interpretation zu rütteln. Die Stelle sagt von der *actio de positis et suspensis*: *ista autem actio popularis est et heredi similibusque competit*. Diese Worte sind zwar wahrscheinlich interpolirt (S. 44¹, S. 52 f.), beweisen aber darum nicht weniger, dass die *actio de pos. et susp.* — in demselben Sinne wie oben — vererblich war (S. 29. 35). Zwar findet Bruns (S. 384) hier die Vererblichkeit besonders auffallend, weil diese Klage eingetretenen Schaden nicht voraussetze, daher selten Vorrechte möglich seien, welche sich vererben könnten. Allein die Klage ist doch auch bei eingetretenem Schaden begründet (fr. 5 cit. § 11 i. f.), und dann ist das Vorrecht gegeben.

Es ist dem allen nach auch durchaus plausibel, wenn P. S. 34 das vielumstrittene fr. 7 D. 47, 21 dahin auslegt, dass die Popularklagen, d. h. die Klagevorrechte, als nicht zu den *bona* gehörig auf den Universalfideicommissar nicht übergehen, sondern vielmehr bei dem Erben verbleiben. Die *similes personae* des fr. 5 § 13 cit. brauchen den Universalfideicommissar nicht mit zu umfassen. Codacci-Pisanelli S. 342 ff. giebt eine ähnliche Interpretation des Fragments, bezieht dasselbe aber auf die Zeit nach der *Litiscontestatio*. Allein der Inhalt der Stelle zwingt dazu nicht, und — so bemerkt Bruns S. 382 für die Regel zweifellos richtig — „wo die Römer von Klagen im allgemeinen und namentlich von ihrer Vererbung sprechen, sind darunter die Klagen vor der *Litiscontestatio* zu verstehen“.

Weniger glücklich ist der Verfasser (S. 42 ff.) in der Hebung der Schwierigkeiten, welche sich aus fr. 5 § 5 D. 9, 3 ergeben. Ulpian sagt dort von der *actio de effusis et deiectis* wegen Tödtung eines Freien: *neque [in heredem datur neque heredi similibusque] personis. nam est poenalis et popularis: dummodo sciamus hanc actionem ex pluribus desiderantibus ei potissimum dari debere, cuius interest vel qui adfinitate cognationeve defunctum contingat.* Von den Worten: *nam est poenalis et popularis* kann nur das letztere als Begründung dafür verwandt werden, dass die Klage dem *heres* und den ihm gleichstehenden Personen versagt ist. Wenn nun wirklich Ulpian „den Ausschluss der activen Vererblichkeit“ mit der Popularität der Klage begründete, so käme P.s ganze Auffassung ins Schwanken. P. sucht deshalb die Worte: *nam est poenalis et popularis* als eine „recht ungeschickte“ Interpolation darzustellen. Wiewohl nun u. E., wenn Ulpian die Worte: *dummodo sciamus* u. s. w. schrieb, welche die Popularität der Klage näher erläutern, er nothwendiger Weise vorher diese Eigenschaft derselben erwähnt haben musste, das Satzgefüge also durch Streichung der beanstandeten Worte nicht, wie P. will, besser, sondern entschieden schlechter wird, so soll doch nicht geleugnet werden, dass der ganze Paragraph Spuren starker Ueberarbeitung zeigt (S. 44¹), und es wird sich dafür unten noch ein von P. nicht beachteter Grund ergeben. Die Frage ist aber von geringer Bedeutung; denn auch wenn der Satz: *nam est poenalis et popularis* von dem Classiker herrührt, so beweist er nichts gegen die Vererbung der Popularklagen im Sinne P.s. Der Verfasser übersieht zu seinem Schaden ganz, dass es sich hier gar nicht um Vererbung der Klage handelt — denn der Getödtete hatte sie doch nicht! — sondern um die originäre Bestimmung des Klageberechtigten. Dieser soll nicht der Erbe des Getödteten sein: *nam sane absurdum accidit, ut heres pretium quasi occisi consequatur eius, cuius heres exstitit* (fr. 36 § 1 D. 9, 2); sondern die Klage ist popular mit Vorzug der an dem Fortleben des Getödteten Interessirten, sowie seiner Verwandten und Verschwägerten. Das zweite ist allerdings nicht der Grund, sondern bloss der Gegensatz des ersten, und insofern ist das *nam* inexact, was übrigens bekanntlich auch bei den Classikern nicht so selten ist. Die Frage der Vererbung der *actio* erhebt sich erst dann, wenn jemand, *cuius interest*, oder ein Verwandter oder Verschwägerter des Getödteten stirbt, und nun sein Erbe die Klage anstellen will. Im ersten Falle ist der Erbe um nichts weniger *is cuius interest*, weil sein Interesse durch Erbschaft vermittelt ist, und er hat zweifellos das Vorzugsrecht seines Erblassers; Ulpian sagt nichts dem Widersprechendes; im zweiten Fall hat er es ebenso zweifellos nicht, weil der Erbe nicht in die das Vorrecht begründenden Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisse succedirt.

Ganz anders steht es um die *actio de effusis et deiectis* wegen Verletzung eines Freien. Bei ihr handelt es sich allerdings um die active Vererblichkeit der Klage, wenn Ulpian in derselben Stelle weiter sagt: *sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredibus iure hereditario*

competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur.

P. bemerkt dazu (S. 43), Ulpian gebe für die active Unvererblichkeit eine ausführliche Begründung, welche darauf hinauslaufe: ex bono et aequo oritur. Allein gerade diese Worte hat schwerlich Ulpian zu solcher Begründung verwandt. Denn was in aller Welt trägt es für die Unvererblichkeit einer Klage aus, dass sie auf Billigkeit beruht? Die Worte sind auch syntaktisch mit dem Vorigen schlecht verbunden. Der wahre Grund Ulpians ist mit aller Klarheit dem eigenartigen Gegenstande der Klage entnommen, und gerade diese Art der Begründung zeigt deutlich, dass die Popularität an und für sich die Unvererblichkeit nicht begründet, ein Gesichtspunkt, den P. für sich auszubeuten unterlassen hat. Uebrigens dürfte nach dem Zusammenhange — nec enim — und der zweimaligen scharfen Betonung des iure hereditario die Meinung nur die sein, dass den Erben des Verletzten als solchen nicht die bevorrechtigte actio perpetua zusteht, ebenso wie Beerbung des Getödteten kein Vorzugsrecht begründet, dass dagegen auch nach dem Tode des Verletzten innerhalb des annus von den Erben wie jedem Dritten die Klage erhoben werden kann. Solche populäre Ahndung der Verletzung nach dem Tode ist nicht auffälliger als die populäre Ahndung der Tödtung.

Dass bei denjenigen actiones populares, bei welchen, wie bei der actio de albo corrupto, ein bevorrechtigter Privatinteressent nicht vorkommt, auch von einer Vererbung der actio in keinem Sinne gesprochen werden kann, hat P. S. 39² zutreffend hervorgehoben.

Je bereitwilliger danach die tüchtige, selbständige Forschung P.s anzuerkennen ist, desto befremdlicher wirken elementare Verstösse, wie die Behauptung, dass mit der querela inofficiosi testamenti der Kläger nur seinen Pflichttheil erstreite (S. 37). Widerspruch fordert die Art, wie der Verfasser die Quellen anführt. Er giebt wiederholt den Text mit Abweichungen von der Ueberlieferung, ohne dieselben als eigene oder fremde Conjectur auch nur zu kennzeichnen: vgl. S. 32: fr. 20 § 5 D. 29, 2 (magis vor quam), S. 33: fr. 10 D. 47, 12 (tametsi statt tamen si), S. 39: fr. 16 D. 48, 2 (eum in publicis iudiciis gestrichen). Solche Kennzeichnung ist aber unerlässlich, auch dann, wenn, wie in den beiden letzten Fällen, ein Vorschlag in Mommsens Noten zur Ausführung gebracht wird. Dass die aurei in prätorischen Geldstrafen erst von Justinian an Stelle der milia sestertium gesetzt sind, steht doch jetzt wohl fest, hätte also beachtet werden müssen (S. 11. 23. 24. 25). Druck- und Schreibfehler dürfen — bei aller Toleranz — doch nicht so weit gehen, dass man des öfteren (S. 24 Z. 3, S. 31 Z. 17, S. 37 Z. 4 v. u., S. 44 Z. 7 auf Conjecturalkritik sich angewiesen sieht.

Kiel, März 1890.

Th. Kipp.



Princeton University Library



32101 047969173

